6

ISTITUZIONI DI DIRITTO CIVILE ITALIANO

ISTITUZIONI

DI

DIRITTO CIVILE ITALIANO

DI

GIOVANNI LOMONACO

SECONDA EDIZIONE NOTEVOLMENTE ACCRESCIUTA

Volume Sesto

NAPOLI
PRESSO NICOLA JOVENE & C.° LIBRAI-EDITORI
Piazza Trinità Maggiore, 13
1895

LIBRO TERZO

Dei modi di acquistare e di trasmettere la proprietà e gli altri diritti sulle cose.

PARTE QUINTA

Dei contratti speciali.

146. Del contratto di matrimonio.

Il nostro Codice, sulle orme del francese, nella serie dei contratti speciali, dà il primo posto al contratto di matrimonio. E ragionevolmente. Questo contratto veniva chiamato da Bartolo *matrix et originalis conventio* (sulla L. *Sempronius Proculus,* D. *de legatis,* II); ed uno scrittore moderno, ricordato nei lavori preparatorî del Codice italiano, lo chiamava *la carta costituzionale del focolare domestico.* Ben è vero che anche la donazione costituisce un contratto speciale; ed il Codice ne ha parlato precedentemente, nel titolo III del Libro III. Il Siotto-Pintor, nella tornata del Senato dei 17 marzo 1865, censurava a questo riguardo il Codice, per aver collocato « le donazioni, dopo i testamenti, alla francese, quasichè le donazioni non sieno per lo più contratti. » E conchiudeva: « La France a fait, l'Italie a copié, on copiera, nous serons tous français, tout le monde doit être français. » Ma l'ordinamento del Codice si spiega con questa considerazione: che le donazioni hanno moltissimi punti di rassomiglianza coi testamenti, e in rapporto alla capacità dei gratificati e

in rapporto al contenuto delle disposizioni; riusciva quindi opportuno stabilire la teoria delle donazioni immediatamente dopo quella dei testamenti.

La esposizione che faremo dei contratti speciali procederà spedita, *forte,* come direbbe l'Alighieri, *siccome nave pinta da buon vento.* E il *buon vento* è il richiamo dei principî già esaminati circa le obbligazioni in generale. Nei contratti i quali *habent proprium nomen* vi sono indubbiamente delle regole speciali, che formano eccezione ai principî stabiliti dall'autore della legge nel titolo IV del Libro III del Codice. Ma la più parte delle disposizioni da cui questi contratti son governati non sono che corollarî delle norme statuite per le obbligazioni in generale. Ecco perchè, come dianzi abbiamo avvertito, il richiamo di queste norme, da noi svolte in propria sede, ci renderà più agevole il còmpito che dobbiamo assolvere nell'esame dommatico di questa parte del Codice.

Premesse queste osservazioni generali, serbando fede all'ordine del Codice, dobbiamo occuparci in primo luogo del contratto di matrimonio.

Il contratto di matrimonio può definirsi in tal guisa: la convenzione, mediante la quale due persone che voglionsi unire in matrimonio, regolano, in quanto ai loro beni, i diritti di cui dovranno godere come coniugi l'una rispetto all'altra (1).

Osservava acconciamente il Troplong che, se il matrimonio unisce la mano degli sposi, il contratto di matrimonio dà norma ai loro interessi. Il primo considera le persone; il secondo considera i beni. Ciascuno tra essi ha le sue regole e la sua sfera distinta; si ligano tuttavia intimamente, di guisa che questo non può esistere che a condizione dell'esistenza di quello. Ed il Vacca, nella Relazione sul terzo Libro del Progetto Senatorio, notava: « L'organismo del contratto di matrimonio presenta un problema complesso e moltiforme, perocchè a questo organismo mettono capo gl'interessi materiali e morali della donna e della famiglia, gl'interessi collettivi e più elevati della società, e gl'interessi non meno legittimi del credito e dei terzi, e da ultimo vi si mescola l'impero prepotente delle abitudini e dei costumi. »

---

(1) V. Zachariae, *Cours de droit civil,* Vol. II, § 501.

Ripetiamo l'osservazione fatta in altra parte di questo lavoro, svolgendo la teoria delle persone: quando si dice *matrimonio,* senza altra aggiunta, allora esso viene considerato come vincolo personale, e deve ritenersi come *atto solenne.* Invece, quando si dice *contratto di matrimonio,* s'intende accennare alla convenzione che fanno gli sposi relativamente agli interessi patrimoniali, convenzione immutevole che deve governare la loro unione. Con ciò non si nega, che anche nel matrimonio, riguardato come vincolo personale, intervenga l'elemento contrattuale, il reciproco consenso degli sposi, la dichiarazione che essi si vogliono rispettivamente prendere in marito e moglie, di cui è parola nell'articolo 94 del Codice, sotto il capitolo *Della celebrazione del matrimonio.* Ma sarebbe contrario al Diritto razionale e al Diritto positivo il sostenere, come pure, con leggier consiglio, non si è dubitato da qualche scrittore, che, sotto l'impero del Diritto moderno, il matrimonio non sia altro che un contratto civile. Il legislatore non si è servito di tale espressione in nessun articolo del primo libro del Codice; e l'interprete deve calcare le orme del legislatore, che rendeva omaggio alla dignità del matrimonio. Siamo ritornati, svolgendo la teoria del contratto di matrimonio, su questo concetto fondamentale, perchè (giova richiamare un'avvertenza altrove fatta), come diceva un grande filosofo dei nostri tempi, quando si tratta di alcuni criteri informatori del Diritto, la più importante, anzi la sola figura rettorica importante, è appunto la ripetizione.

Divideremo lo svolgimento della teoria intorno al contratto di matrimonio in quattro parti: 1.° Disposizioni generali; 2.° Della dote; 3.° Dei beni parafernali; 4.° Della comunione dei beni tra coniugi.

I.

Disposizioni generali.

Bibliografia. — 1.° Fontanella, *Tractatus de pactis nuptialibus sive de capitulis matrimonialibus* (Lugduni, 1667);—2.° Pestel, *Num pacta dotalia, quibus cautum est ut masculi patris, foeminae matris religione imbuantur, sint servanda* (Rintelii, 1752); — 3.° Serieux,

Traité des contrats de mariage (Paris, 1762); — 4.° Demante, *Sur l'immutabilité des conventions matrimoniales* (nella *Thémis*, Vol. VIII, parte I, pag. 229 e seg.); — 5.° Bellot des Minières, *Traité du contrat de mariage* (Paris, 1838); — 6.° Troplong, *Contrat de mariage* (Paris, 1843); — 7.° Rodière et Pont, *Traité du contrat de mariage* (Paris, 1847);—8.° Valette, *Publicité des contrats de mariage* (nella *Revue de droit français et étranger*, Vol. XVII, pag. 433 e seg.);—9.° Crescimanno, *Sulla capacità del minore nel contratto di matrimonio* (nella *Gazzetta dei tribunali*, anno XXX, num. 3032; 17 marzo 1880);—10.° Arrivière, *Du principe de la liberté des conventions matrimoniales* (Versailles, 1883); — 11.° Valicourt, *De la liberté des conventions matrimoniales et de ses restrictions* (Arras, 1885); — 12.° Guillouard, *Traité du contrat de mariage* (Paris, 1885); —13.° Cheminat, *De la capacité requise pour faire un contrat de mariage* (Paris, 1886);—14.° Bianchi (E.), *Trattato dei rapporti patrimoniali dei coniugi* (Pisa, 1888);—15.° Clerget, *De l'immutabilité des conventions matrimoniales* (Paris, 1888); — 16.° Pascaud, *Des conventions matrimoniales consenties par le faible d'esprit ou par le prodigue sans l'assistence de son conseil judiciaire* (nella *Revue critique de législation et de jurisprudence*, anno 1892, pag. 256 a 268);—17.° Surville, *Le principe de liberté des conventions matrimoniales et l'ordre public* (nella *Revue critique de législation et de jurisprudence*, anno 1892, pag. 326 a 336);—18.° Bianchi (E.), *Del contratto di matrimonio* (Napoli, 1892); —19.° Fiore, *Del contratto di matrimonio secondo i principii del Diritto internazionale privato* (V. *Diritto e giurisprudenza*, Vol. VIII, num. 3; 17 giugno 1892); — 20.° Carboni, *I patti successorii nel contratto di matrimonio* (Torino, 1893); — 21.° Pellis, *Du régime matrimonial des époux mariés sans contrat en Droit international privé* (Lausanne, 1893).

1.° *Capacità richiesta pel contratto di matrimonio.* — Carlo Molineo formulò questa regola: *habilis ad nuptias, habilis videtur ad omnia pacta et renunciationes quae apponi in talibus solent.* Il Codice italiano, sulle orme del francese, sanciva questa massima nell' articolo 1386 così concepito: « Il minore capace di contrarre matrimonio è pure capace di prestare il consenso per tutte le stipulazioni e donazioni che possono farsi nel relativo contratto, le quali sono valide, se egli è stato assistito dalle persone il cui consenso è necessario per la validità del matrimonio. » Dobbiamo arrestarci

brevemente sul riferito articolo, per darne la esatta interpretazione.

Prima d' ogni altro, che cosa deve intendersi per *assistenza?* Forse la *presenza* al contratto di matrimonio delle persone indicate dal Codice? No. Il voto della legge sarebbe sufficientemente raggiunto, quando le persone di cui è richiesta l' assistenza supplissero alla loro presenza mediante un atto nel quale venissero specificate le convenzioni matrimoniali alle quali intendessero di aderire. Ciò sarebbe soprattutto nel caso in cui il minore avesse bisogno dell'assistenza del consiglio di famiglia. Riuscirebbe strano il pretendere che i componenti dell'assemblea familiare, con a capo il pretore, presenziassero al contratto di matrimonio del minore (1).

In secondo luogo, a quali atti si applica la capacità di consenso, che al minore concede la legge nella stipulazione del contratto di matrimonio? A tutte le convenzioni che stabiliscono e pongono in essere il contratto nuziale; risponderemo col Supremo Collegio di Napoli. Nell' articolo 1386 si trova un *jus singulare,* introdotto per favorire i matrimoni. Avendo il legislatore considerato il matrimonio quasi un tutto organico, nella doppia sua natura di cardine e fondamento della famiglia nella indivisibilità del consorzio dei coniugi, e di ordinamento economico dei beni, così dispose per l'uno e per l'altro elemento l'identica capacità di consenso, volendo che una stessa persona fosse quella che dovesse consentire al matrimonio, ed assistere il minore nelle convenzioni matrimoniali. Trattasi qui pertanto di una disposizione eccezionale, la quale, per mantenersi nei suoi confini, non può applicarsi a stipulazioni che, in qualunque modo, fossero estranee all'essenza del contratto nuziale (2). In conformità dei principii dianzi esposti ritenne pure il Supremo Collegio di Napoli, che è nulla la rinunzia, anche in linea di transazione, ad una eredità, fatta da un minore nel contratto di matrimonio, comunque assistito dalle persone il cui intervento è necessario alla validità del matrimonio. La disposizione dell'articolo 1386 « costituisce un diritto singolare ed una eccezione alla regola relativa alla incapacità dei minori; essa

---

(1) V. Aubry e Rau su Zachariae, Vol. II, § 502.

(2) Corte di Cassazione di Napoli; sentenza del 1.° giugno 1881; nel *Giornale delle leggi,* anno XIII, num. 5.

deve essere interpretata in senso restrittivo; e quindi vogliońsi dire valide soltanto quelle stipulazioni e donazioni che risguardano la essenza del contratto di matrimonio. In altri termini l'art. 1386 ha per obbietto di favorire gli sposi, e non mai i terzi. L'antica e nota massima, che *habilis ad nuptias habilis ad pacta nuptialia* rivela il concetto, che informa il mentovato articolo 1386, che cioè la capacità del minore deve limitarsi ai patti nuziali, e ciò qualora egli sia assistito dalle persone, il cui consenso è necessario per la validità del matrimonio (1). »

I commentatori del Codice Napoleone agitano vivamente la controversia, se la persona sottoposta ad un consulente giudiziario possa, nel contratto di matrimonio, fare delle donazioni. Lo Zachariae sostiene la negativa; il Troplong, l'affermativa, osservando che la donazione fatta dal prodigo nel contratto di matrimonio « n'est pas un effet de la dissipation, comme les donations ordinaires; ce n'est pas même une libéralité sans retour, sans compensation, sans prix; l'épouse a aussi donné sa beauté, sa jeunesse, sa liberté, ses soins tendres et empressés. Je vois là le contrat *do ut des* plutôt qu'une donation pure et simple (2). » Il nostro Codice ha risoluta la quistione nell'art. 1387: « Per la validità delle stipulazioni e donazioni fatte nel contratto di matrimonio da colui, contro il quale è stata pronunziata sentenza od anche solo promosso giudizio d'inabilitazione, è necessaria l'assistenza del curatore che sarà all'uopo per tal fine nominato. »

2.° *Tempo in cui deve farsi il contratto di matrimonio.*— Il Diritto romano riconosceva la validità dei patti matrimoniali posteriori alla celebrazione delle nozze. « Pacisci post nuptias, etiam si nihil ante convenerit, potest. » (L. 1, D. *de pactis dotalibus)*. Ma il Diritto consuetudinario francese, seguìto dal Codice Napoleone e dall'italiano, stabilì una regola contraria. Il contratto matrimoniale deve essere stipulato *prima del matrimonio* (art. 1382). Il sistema accolto dal Codice merita la preferenza su quello del Diritto romano. Dopo la celebrazione del matrimonio i coniugi non sono sufficientemente liberi. Come ben dice il Troplong, permettere

(1) Corte di Cassazione di Napoli; sentenza dei 23 febbraio 1894; nella *Gazzetta del procuratore,* anno XXVI, num. 25 (18 agosto 1894).

(2) V. Troplong, *Contrat de mariage,* num. 297; Paris, 1843.

ad essi di fare delle convenzioni pecuniarie sarebbe lo stesso che deturpare l' affezione coniugale colla venalità. D' altra parte, non si deve abbandonare alla mercè del capriccio la confidenza che i terzi han collocata nella fortuna degli sposi. Adunque il contratto matrimoniale deve necessariamente precedere il matrimonio; è questa una regola di ordine pubblico, a cui non puossi derogare in forza del consenso delle parti.

3.° *Forma del contratto di matrimonio.* — Il contratto di matrimonio deve farsi *per atto pubblico* (art. 1382). La solennità dell'atto pubblico, osservava il Vacca nella *Relazione Senatoria*, è richiesta a garantìa della intangibilità delle convenzioni matrimoniali.

Se uno degli sposi è commerciante, la legge prescrive delle precauzioni speciali nell' interesse del credito. Giusta l' art. 16 del Codice di commercio: « Il contratto di matrimonio tra persone, una delle quali sia commerciante, dev'essere trasmesso per estratto, entro un mese dalla sua data, alla cancelleria del tribunale di commercio del luogo dov'è lo stabilimento commerciale, per essere pubblicato nei modi stabiliti nell'art. 9 (cioè nella sala del tribunale, nella sala del comune e nei locali della borsa più vicina). L'estratto esprime se vi fu costituzione di dote e se fu stipulata comunione di beni. » Vuolsi però notare, che la inosservanza di tale formalità non produce la nullità dei patti nuziali. La sanzione della disposizione racchiusa nell'art. 16 del Codice di commercio trovasi nel successivo art. 17, così concepito: « Il notaro che ha ricevuto il contratto di matrimonio deve fare la trasmissione ordinata nell'articolo precedente, sotto pena di lire venticinque estensibile a lire cento, e se l'omissione fu dolosa anche sotto pena della destituzione, oltre il risarcimento dei danni verso i creditori. »

Le convenzioni matrimoniali di qualunque specie non possono cangiarsi in verun modo dopo la celebrazione del matrimonio (articolo 1385). Ma esse si possono cangiare prima del matrimonio. In qual modo?

Le mutazioni nei contratti matrimoniali che occorressero prima del matrimonio debbono farsi egualmente per atto pubblico. Inoltre, nessuna mutazione o contro-dichiarazione è valida, quando sia fatta senza la presenza ed il simultaneo consenso di tutte le persone che sono state parti nel contratto di matrimonio (articolo 1383). Per ben comprendere la di-

sposizione racchiusa nel capoverso del riferito articolo del Codice, vuolsi osservare in primo luogo, che oltre gli sposi debbonsi considerare essere stati *parti* nel contratto di matrimonio, da un canto coloro la cui assistenza era necessaria all'uno od all'altro degli sposi, e dall'altro canto tutti coloro che abbiano fatto a vantaggio di questi ultimi o di uno di essi, ed a riguardo della loro unione, una donazione, una promessa od una rinunzia qualunque; poco importa che siano o no loro parenti. Ma non si possono considerare come *parti* i parenti e gli amici che avessero assistito al contratto *honoris causa*, e neppure i genitori di uno degli sposi, quando la loro assistenza non era necessaria, e quando d'altronde non avessero fatta alcuna donazione, promessa o rinunzia in favore del matrimonio da contrarsi (1). Vuolsi osservare in secondo luogo, che la legge richiede imperiosamente il *consenso simultaneo* di tutte le persone che sono state parti nel contratto di matrimonio. Non è questo, diremo col Troplong, uno dei casi nei quali la maggioranza detta la legge alla minoranza: no. L'insieme e l'unanimità sono una condizione essenziale a tal riguardo. La ragione si è, che tutto è correlativo in un contratto di matrimonio. Non si può toccare una pietra di questo edifizio senza che tutto il resto non ne risenta. Se il consenso si è dato agli sposi minori, ciò è stato perchè una donazione era stata fatta in contemplazione ed a vantaggio del futuro matrimonio. Se un parente ha fatto una donazione ad uno degli sposi, ciò è stato perchè un altro parente avea pur fatto una donazione all'altro sposo. La materia del contratto di matrimonio è dunque indivisibile (2). Ma la espressione, *consenso simultaneo*, di cui si serve il nostro Codice sulle orme del francese, richiede un'altra osservazione. La legge esige il consenso *simultaneo* di tutte le parti; non basterebbe un consenso isolato, dato separatamente da ciascuna delle parti. Un consenso collettivo si ottiene più difficilmente di una serie di consensi isolati; e quindi offre una maggiore guarentigia. Come ben dice il Baudry-Lacantinerie: « Ici comme ailleurs l'union fait la force. » Le parti riunite spesso rifiuteranno, dopo uno scambio di concetti che apporta una discussione, ciò che avrebbero concesso prese isolatamente.

---

(1) V. Aubry e Rau su Zachariae, Vol. II, § 503.

(2) V. Troplong, *Contrat de mariage,* num. 235.

Quando una delle persone che sono state parti nel contratto di matrimonio ricusa la sua adesione, le altre parti debbono o rinunziare ad ogni cangiamento, ovvero fare un nuovo contratto di matrimonio, abbandonando del tutto il primo. Lo stesso deve dirsi, osserva lo Zachariae, quando una delle parti è assente, o è morta, ovvero è stata interdetta. Nondimeno, in quest'ultimo caso, se trattasi del matrimonio di un figlio dell'interdetto, i cangiamenti che le altre parti si propongono di fare al contratto di matrimonio possono essere autorizzati da una deliberazione del consiglio di famiglia omologata dal tribunale; come si trae per argomento dall'articolo 334.

L'art. 1384 si occupa dei terzi. Costoro non dovevano essere dimenticati, trattandosi di mutazioni o contro-dichiarazioni ai patti nuziali. La legge, pur dando facoltà di procedere alle medesime, ha stabiliti i mezzi atti ad evitare qualunque pregiudizio a danno dei terzi. Giusta l'art. 1384: « Qualunque mutazione o contro-dichiarazione, quantunque rivestita delle forme stabilite nel precedente articolo, rimane senza effetto rispetto ai terzi, se in margine o in calce della minuta del contratto di matrimonio non fu fatta annotazione indicante l'atto che contiene il cangiamento o la contro-dichiarazione. Questa annotazione deve parimente essere fatta sulla copia del contratto di matrimonio rimessa al pubblico archivio a cura del notaio che lo ha ricevuto, ed anche su quella presentata all'uffizio di trascrizione, se il contratto di matrimonio fu trascritto. Tanto il notaio quanto il pubblico archivista non possono, sotto pena dei danni verso le parti, e sotto pene più gravi, se vi è luogo, dar copia del contratto di matrimonio, senza trascrivere in fine l'annotazione suddetta. » Quando il notaio od il pubblico archivista abbia trascurato di trascrivere l'annotazione, le mutazioni e le contro-dichiarazioni sono sempre valide anche riguardo ai terzi, salvo il loro regresso contro il notaio od il pubblico archivista, nel caso che abbiano risentito danno dalla mancanza dell'annotazione. La voce *parti*, di cui si serve il capoverso dell'art. 1384, si deve intendere delle parti *lese*, cioè delle persone che han risentito qualche pregiudizio contrattando sulla fede di una copia incompleta.

Abbiamo osservato, riferendo il testo espresso del Codice, che le mutazioni o contro-dichiarazioni nei contratti matri-

moniali debbono farsi per atto pubblico e prima della celebrazione del matrimonio. Ora, tenuto conto di questo sistema, può dirsi efficace a produrre obbligazione giuridica la dichiarazione fatta, per semplice lettera del dotante, di corrispondere al marito gli interessi della dote, infruttifera nel contratto di matrimonio? Il Supremo Collegio di Roma decise affermativamente. La Corte di merito aveva ritenuto inefficace a produrre obbligazione giuridica la dichiarazione del dotante, in applicazione degli articoli 1382 e 1383 del Codice civile, per la ragione che, essendosi voluto con quella dichiarazione introdurre una mutazione al contratto matrimoniale, avrebbe dovuto farsi per atto pubblico, secondo la espressa disposizione contenuta negli articoli indicati. Ma la Cassazione notava in contrario: « Nelle espressioni adoperate dalla legge, *mutazione* o *contro-dichiarazione* alle convenzioni matrimoniali, non possono intendersi comprese le aggiunte o gli aumenti che si volessero fare alla dote costituita, e ciò perchè dall' articolo 1391 si rileva chiaramente che la dote può essere, se non dagli stessi coniugi, da altri, aumentata durante il matrimonio. Ora se l'aumento di dote dovesse considerarsi come una mutazione ai patti matrimoniali nel senso dell' articolo 1383, cadrebbe anch'esso sotto il disposto dell'articolo 1385 che stabilisce: « Le convenzioni matrimoniali di qualunque specie non possono cangiarsi in verun modo dopo la celebrazione del matrimonio. » Se quindi è certo che la dote costituita da altri prima della celebrazione del matrimonio può dai medesimi venire aumentata dopo il matrimonio; è mestieri concludere che l'aumento non è compreso nella restrizione dell' articolo 1385, col quale va combinato anche l'articolo 1383. Oltre a ciò, se l'aumento che si volesse fare alla dote già costituita nel contratto di matrimonio si dovesse considerare come una delle mutazioni alle convenzioni matrimoniali, contemplate negli articoli 1383 e seguenti, sarebbe stata inutile la espressa disposizione dell' art. 1391, per istabilire che la dote non si può aumentare dai coniugi durante il matrimonio; giacchè tal divieto già si avrebbe in modo assoluto nel citato articolo 1385 (1). »

4.° *Contenuto del contratto di matrimonio.* — Quali con-

(1) Corte di Cassazione di Roma; sentenza dei 6 luglio 1882; nella *Legge,* anno XXII, Vol. II, pag. 470.

venzioni può contenere il contratto di matrimonio? Tale contratto ha per oggetto di regolare gl' interessi pecuniari degli sposi. Costoro godono, salve le restrizioni stabilite dalla legge, d'una piena libertà nel regolare questi interessi. Le restrizioni che la legge stabilisce a tal riguardo riposano sopra motivi di morale e di ordine pubblico; noi le ricorderemo secondo l'ordine del Codice. Statuisce il Codice, nell'articolo 1123, che i contratti legalmente formati hanno forza di legge per coloro che li hanno fatti. Come ben dice il Larombière, queste parole energiche, elevando i contratti all'altezza della legge, loro comunicano la grandezza e la maestà della medesima. Il Codice, nell'articolo 1378, dichiara espressamente che la società coniugale relativamente ai beni è regolata dalle *convenzioni delle parti* e dalla legge. Il Codice francese, nel corrispondente articolo 1387, dichiara che la legge non regola la società coniugale, in rapporto ai beni, se non in mancanza di convenzioni speciali, che gli sposi possono fare *comme ils le jugent à propos*, purchè esse non siano contrarie ai buoni costumi, e salve le modificazioni determinate dallo stesso Codice. Come notava recentemente lo Stocquart, il Codice, nell'articolo dianzi riferito, richiama, *pour le contrat le plus important,* un principio fondamentale del diritto civile (1).

A) Gli sposi non possono derogare ai diritti che appartengono al capo della famiglia (art. 1379). Si dovrebbe quindi ritenere nulla la clausola inserita nei capitoli nuziali, colla quale il marito rinunziasse al diritto d'indirizzare la educazione dei figli. Sarebbe egualmente inefficace la clausola con cui la moglie rinunziasse, in caso di premorienza del marito, all'esercizio della patria podestà. Abbiamo osservato, che il diritto di avviare la educazione dei figli deve essere collocato tra i *diritti che appartengono al capo della famiglia*, cui si accenna nell'articolo 1379. Alcune volte, nei contratti di matrimonio, tra persone appartenenti a diverse religioni, si stipula che i figli (maschi) saranno educati nella religione del padre e le figliuole nella religione della madre. Non si può ammettere la efficacia di questa clausola. Il diritto o meglio il dovere della educazione è un attributo della patria podestà, e, du-

---

(1) V. Stocquart, *Les restrictions à la liberté des contrats en législation comparée;* nella *Revue de droit international,* anno 1895, pagina 146.

rante il matrimonio, l'esercizio di questo potere domestico è affidato al padre. La clausola accennata dianzi ha precisamente questo scopo, di togliere, almeno in parte, al padre, l'esercizio della patria podestà. Essa quindi deve ritenersi nulla (1).

B) Gli sposi non possono derogare ai diritti che vengono dalla legge attribuiti all'uno o all'altro coniuge (art. 1379). Quindi il marito non potrebbe rinunziare nel contratto di matrimonio al diritto di autorizzare la moglie, nei casi che formano oggetto dell'art. 134 del Codice. Ben è vero che il capoverso del mentovato articolo dispone, che « il marito può con atto pubblico dare alla moglie l'autorizzazione in genere per tutti o per alcuni dei detti atti. » Ma soggiunge immediatamente: *salvo a lui il diritto di rivocarla.* In applicazione dell'art. 1379 del Codice, la Corte di appello di Genova a buon diritto fermò la massima, non essere valida la promessa fatta nei capitoli nuziali dal marito alla moglie, di fissare in un determinato luogo la propria residenza. Il marito essendo capo della famiglia, ed a lui spettando il diritto di determinare il luogo della propria residenza, è contraria all'ordine pubblico, e colpita quindi di nullità, la convenzione per la quale il marito rinunziasse a tal suo diritto (2).

C) Gli sposi non possono derogare alle disposizioni proibitive contenute nel Codice (art. 1379). Le disposizioni proibitive, cui accenna l'articolo 1379, non sono soltanto quelle che hanno per sanzione la pena di nullità, ovvero quelle che, senza essere accompagnate dalla espressa pronunzia di questa pena, sono concepite in termini proibitivi, come *non può, non deve,* e che, al dire di Molineo, *important vim praecisam et tollunt potentiam juris et facti;* ma eziandio le disposizioni che sono *virtualmente* proibitive. Se, ad esempio, si convenisse, che il marito renderebbe allo scioglimento del matrimonio i frutti della dote, questa convenzione sarebbe senza efficacia: *non esse ratum pactum,* dice Ulpiano (L. 4, § 1, D. *de pactis dotalibus*).

(1) V. Baudry-Lacantinerie, *Précis de droit civil*, Vol. III, num. 7; Paris, 1892.

(2) Corte di appello di Genova, sentenza dei 17 settembre 1880; nel *Giornale delle leggi*, anno XII, num. 25.

D) Gli sposi, nelle tavole nuziali, non possono fare alcuna convenzione che tenda a mutare l'ordine legale delle successioni (art. 1380). Niuno potrà dispensarsi dal plaudire a questa disposizione, quando consideri le ingiustizie cui facevansi servire sotto l'impero del Diritto intermedio i contratti di matrimonio. Quando una figliuola passava a matrimonio, le si faceva consentire nel relativo contratto la rinunzia alla successione futura dei genitori in favore dei fratelli; essa doveva star contenta alla dote ricevuta.

E) Non è permesso agli sposi di stipulare in modo generico che il loro matrimonio sia regolato da consuetudini locali o da leggi, alle quali non sono legalmente sottoposti (art. 1381). Fa d'uopo ben comprendere la portata di questo articolo. Il Codice non proibisce agli sposi d'improntare a consuetudini locali od a leggi straniere le regole che debbono governare i loro interessi pecuniari. Ma queste regole debbono apparire come l'opera della volontà delle parti, e non come l'opera ed il riflesso della consuetudine locale o della legge straniera. Richiamare questa o quella a titolo d'autorità sarebbe lo stesso che opporre al Codice una legge collaterale avente le sue pretese nel governo degli interessi civili. In altre parole, il Codice permette che vengano copiate le consuetudini locali e le leggi straniere; in omaggio alla libertà, il Codice permette in questa materia la contraffazione, il plagio. Ma il linguaggio legislativo è proprio soltanto del Diritto imperante nella nazione (1).

Nel progetto del Codice civile, sottoposto alla disamina della Commissione Coordinatrice, era detto: « Non è permesso agli sposi di stipulare in modo generico che il loro matrimonio verrà regolato da alcuna delle leggi o consuetudini locali, che per lo addietro fossero in vigore nel regno. » Il De Foresta propose, e la sua proposta venne accolta, di sostituire a queste ultime parole, le altre: *da consuetudini locali o da leggi alle quali non sieno essi legalmente sottoposti;* e ciò « segnatamente per cansare il pericolo che sposi cittadini del regno facciano regolare le loro convenzioni, in quanto ai beni, da una legge estera (2). »

5.° *Sistemi diversi del contratto di matrimonio.* — Fa

(1) V. Troplong, *Contrat de mariage*, num. 137.

(2) Verb. num. 36 della Commissione Coordinatrice.

d'uopo distinguere tre sistemi, da cui può essere governato il contratto di matrimonio: 1.° Il sistema dotale; 2.° Il sistema dei beni parafernali; 3.° Il sistema della comunione. Il Codice Napoleone stabilisce che, in mancanza di convenzioni delle parti, i coniugi sono sottoposti al sistema d'una comunione, di cui la legge determina l'estensione e gli effetti. Invece, le Leggi Civili napoletane statuivano che, in mancanza di stipulazioni speciali che avessero derogato alla regola dotale, o l'avessero modificata, questa costituiva il diritto comune del regno. Il Codice italiano, con savio consiglio, « si pone sul terreno neutro della libertà: non ammette nel silenzio dei contraenti un tacito regime legale, sia dotale, sia della comunione; nulla impone e nulla suppone; lasciando piena balìa alle convenzioni dei contraenti, e adempiendo siffattamente il voto espresso dal Portalis nella discussione del Consiglio di Stato in Francia; il voto cioè che si lasciasse facoltà alle parti di scegliere tra i due sistemi, la dotalità o la comunione creando a sè stesse la legge matrimoniale. » Son parole queste della *Relazione Senatoria*.

II.

Della dote.

BIBLIOGRAFIA. — 1.° Odofredo, *Tractatus de dotis restitutione* (Venetiis, 1580); — 2.° Campegii, *Quaestionum de dote et dotis constitutione et privilegiis ejus* (Venetiis, 1580); — 3.° Copus, *De dotis fructibus* (Coloniae, 1583); — 4.° Gothofredus (Dion.), *De dote* (Coloniae, 1615); — 5.° Ludovici, *Dissertatio de probatione illationis dotis* (Halae, 1711); — 6.° Meieri, *De juribus mariti in bona mobilia uxoris* (Francofurti, 1722); — 7.° De Luca, *De dote et lucris dotalibus* (Venetiis, 1726); — 8.° Dinckleri, *De evictione dotis* (Lipsiae, 1728); — 9.° Anselmi, *De repetitione dotis soluto matrimonio* (Argentorati, 1736); — 10.° Schrader, *De divisione fructuum dotis* (Helmst. 1805); — 11.° De Zahn, *Illato ab uxore vel ejus nomine usufructu, quid maritus vel ejus heres restituat* (Lipsiae, 1832); — 12.° Tessier, *Traité de la dot* (Paris, 1835); — 13.° Pandin de Narcillac, *Du régime dotal* (Paris, 1849); — 14.° Bérenger, *De la dot mobilière, et en particulier de son caractère d'inaliénabilité* (Paris, 1853); — 15.° Aubry, *Des droits du mari sur les biens dotaux* (Paris, 1856); — 16.° De-

larue, *De l'inaliénabilité de la dot* (Paris, 1858); — 17.° Jardin, *Du remploi et de l'emploi de la dot* (Caen, 1863); — 18.° Bechmann, *Das römische Dotalrecht* (Erlangen, 1863-67); — 19.° Forti, *Della dote* (nei *Trattati inediti di giurisprudenza*, Firenze, 1864); — 20.° Obissier, *Soluto matrimonio dos quemadmodum petatur* (Paris, 1866); — 21.° Tabary, *De la séparation de biens judiciaire* (Paris, 1866);—22.° Lamy, *De l'inaliénabilité dotale* (Caen, 1868);— 23.° Galluppi, *A chi appartiene la proprietà della dote durante il matrimonio* (nella *Gazzetta dei tribunali*, anno XXXI, num. 3179);— 24.° Bonneville, *Restitution de la dot* (Meulan, 1874);—25.° Vanel, *De la dot mobilière et de son inaliénabilité* (Caen, 1874);—26.° Passez, *De la séparation de biens judiciaire* (Versailles, 1874); — 27.° Cesareo, *I mobili dotali secondo il Diritto romano e il Codice civile italiano* (nell' *Archivio giuridico*, Vol. XIV, anno 1875); — 28.° Renault, *De la dot mobilière* (Paris, 1875); — 29.° Audonnet, *Du régime dotal* (Paris, 1875); — 30.° Colamarino, *Sulla inalienabilità della dote* (nel *Filangieri*, agosto 1876); — 31.° Galluppi, *La dote secondo il Diritto civile italiano* (Firenze, 1876);—32.° Allari, *Restitution de la dot* (Paris, 1876); — 33.° Paoli, *La dote, i beni parafernali e la comunione dei coniugi* (Genova, 1877);—34.° Courtois, *Des droits respectifs des époux sur la dot* (Paris, 1877); — 35.° Abgarowitz, *De l'inaliénabilité du fonds dotal* (Paris, 1877); — 36.° Bach, *Inaliénabilité de la dot* (Nancy, 1877); — 37.° Bosviel, *Du régime dotal* (Paris, 1877); — 38.° Viallanes, *De la séparation de biens judiciaire* (Paris, 1878); — 39.° Bicci, *Dei lucri dotali; studi sull'articolo 1398 del Codice civile* (nell'*Archivio giuridico*, Vol. XIX);—40.° Mattei, *Osservazioni riguardo alla inalienabilità dei beni dotali secondo la vigente legge* (nel *Monitore dei tribunali*, anno 1880, pag. 3 e seg.);—41.° Gillet, *De la constitution de la dot, sa nature, ses effets* (Paris, 1880);—42.° Allonneau, *De la restitution de la dot* (Paris, 1880);—43.° Paul-Dauphin, *De la restitution de la dot* (Paris, 1880);—44.° Malère, *Des droits du mari sur le fonds dotal* (Paris, 1880); — 45.° Lomonaco, *Il sistema dotale secondo il Codice civile italiano* (App. alla traduz. dei *Principes de droit civil* del Laurent, Napoli, 1881);—46.° Baudry, *Restitution de la dot* (Paris, 1881); — 47.° Gallavresi, *I diritti della moglie indotata verso l'eredità del marito durante l'anno di lutto* (Milano, 1882); — 48.° Griffaton, *De l'estimation de la dot* (Paris, 1882);—49.° Di Benedetto, *Dei lucri dotali* (nel *Notariato italiano*, anno 1885, pag. 1 e seg.);—50.° Orsini, *Della inalienabilità della dote nel Diritto romano e nel Codice civile italiano* (Orvieto, 1885);—

51.° Dartige, *De la restitution de la dot* (Paris, 1885); — 52.° Pittaluga, *Del modo di proporre l'azione di separazione della dote spettante alla moglie nel caso di fallimento del marito* (Alessandria, 1886);—53.° Mongin, *Du caractère de l' inaliénabilité dotale* (nella *Revue critique de législation et de jurisprudence,* anno 1886);— 54.° Hornstein, *L'inaliénabilité de la dot* (Genève, 1886);—55.° Pavlitis, *De la constitution de dot* (Paris, 1886);—56.° Scialoia, *I diritti della vedova durante l'anno di lutto* (nella *Rivista italiana per le scienze giuridiche,* Vol. I, anno 1886); — 57.° Gargiulo, *La domanda di separazione della dote non può cumularsi con quella di separazione personale* (V. *Dritto e giurisprudenza,* anno III, num. 39; 1.° aprile 1888);—58.° Voillaume, *Des droits du mari sur les biens dotaux* (Dijon, 1888);—59.° Jouitou, *Étude sur le système du régime dotal sous le Code civil* (Paris, 1888); — 60.° Salvioli, *Quali diritti competono al marito, o suoi eredi, nel caso di restituzione di dote inestimata costituita in fondi stabili per le spese su questi fatte dal marito* constante matrimonio? (nella *Legge,* anno 1888, Vol. I, pag. 34 e seg.); — 61.° Castagnola, *Separazione di beni tra coniugi; breve commento degli articoli 1422 Codice civile e 19 Codice di commercio* (nel *Foro Catanese,* anno 1890, pag. 97 e seg.);—62.° Giorgi, *Se, agli effetti dell'impugnativa per frode, la costituzione di dote debba ritenersi atto a titolo oneroso rispetto al marito* (nel *Foro italiano,* anno 1890, parte I, pag. 108 e seg.);—63.° Budin, *Étude sur les remplois dans tous les régimes matrimoniaux* (Paris, 1892); — 64.° Bétolaud, *De l' inaliénabilité des immeubles dotaux* (Paris, 1893);—65.° Regnault, *Étude critique de la jurisprudence relative à la représentation de valeurs dotales par des paraphernaux* (Paris, 1895).

Il Diritto moderno mutuava dal Diritto romano molte regole che governano il sistema dotale. E qui giova notare che, presso i Romani, per parecchi secoli, la costituzione della dote fu ritenuta come il segno principale per distinguere il matrimonio dal concubinato; il che si trae, fra l' altro, dai noti versi di una comedia di Plauto (*Trinum.* III, 2). Dopo che i Barbari si assisero da conquistatori sulle rovine dell' Impero occidentale, le tradizioni romane fecero perdurare il sistema dotale presso la maggior parte delle città italiane. Nelle province meridionali è rimasta celebre la Costituzione *In aliquibus* di Federigo II, colla quale si prescriveva ai fratelli di assegnare una dote alle sorelle; la stessa obbligazione

era imposta ai nipoti verso le sorelle del padre defunto. Ed una consuetudine napoletana stabiliva che, nel caso d'inosservanza di questo dovere, le sorelle e le zie acquistavano il *diritto di masculiazione,* acquistavano cioè il diritto di avere una porzione eguale a quella dei maschi nella divisione dei beni di famiglia.

Per lunga età la dote consisteva in un tenue assegno, non corrispondente alla fortuna del dotante. Abbiamo da Ricordano Malaspini, nella sua Storia Fiorentina, che al principio del secolo decimoterzo in Firenze: « libbre cento era comune dote e libbre duecento o trecento era tenuta a quel tempo grandissima dote, avvegnachè il fiorino d'oro valea soldi venti. » E Dante, nel canto XV del *Paradiso,* così fa dire a Cacciaguida:

> « Fiorenza, dentro della cerchia antica
> Ond'ella toglie ancora e terza e nona,
> Si stava in pace sobria e pudica.
> Non avea catenella, non corona,
> Non donne contigiate, non cintura
> Che fosse a veder più che la persona.
> Non faceva, nascendo, ancor paura
> La figlia al padre, chè il tempo e la dote
> Non fuggian quinci e quindi la misura. »

L'Alighieri trae da ciò argomento per lodare gli antichi costumi della sua città natale. Ma noi, mettendo da parte Firenze, osserviamo che la tenuità delle doti era generalmente, sino agli albòri del secolo presente, l'applicazione di un principio che la civiltà moderna, ispirandosi ai dettami del Cristianesimo, non può accettare: l'orgoglio delle famiglie, che voleva concentrato in un solo, nel primogenito, tutto il patrimonio o la maggior parte del medesimo. L'ampliamento nella misura delle doti segna per noi un passo nella via della civiltà, un passo che dovea guidare al riconoscimento del principio fermato dal Diritto moderno: che le figliuole hanno gli stessi diritti dei figli sui beni dei loro genitori. Svolgendo la teoria delle successioni, abbiamo ricordato che, quando alla Commissione Coordinatrice fu presentata una proposta colla quale, mediante un congruo compenso, voleansi escludere le figliuole dalla successione, i valorosi giuristi che

facevano parte della Commissione nobilmente decisero che la proposta non meritava neanche l'onore della discussione, siccome quella che si opponeva apertamente ai principî fondamentali su cui si adagia la civiltà moderna.

Nel sistema del Codice italiano, i genitori non sono dalla legge obbligati a dotare le figliuole. L'articolo 147, intorno alla cui disamina ci siamo arrestati a tempo opportuno, statuisce in termini espressi: « I figli non hanno azione verso il padre e la madre per obbligarli a far loro un assegnamento per causa di matrimonio o per qualunque altro titolo. » Il Codice parmense, nell'articolo 105, disponeva parimente: « Il padre, la madre, gli ascendenti non hanno l'obbligo di costituire la dote alle figlie e discendenti, nè di provvedere allo stabilimento dei figli e discendenti. » Ma tutti gli altri Codici che preesistevano in Italia, e le Leggi Toscane del 1814, mentre non riconoscevano l'obbligazione nei genitori di fare un assegnamento patrimoniale al *figlio* per causa di matrimonio, accordavano però alle *figlie,* in caso di matrimonio, il diritto di poter costringere i genitori ed anche gli avi a costituire loro una dote congrua. Ed i criteri della congruità si desumevano complessivamente dallo stato di fortuna e dalla condizione di chi era obbligato a dotare, nonchè del marito (1).

1.°

Nozione generale della dote.

La dote consiste in quei beni che la moglie od altri per essa apporta espressamente a questo titolo al marito per sostenere i pesi del matrimonio (art. 1388). Il Codice austriaco nel § 1218 così definisce la dote: « Sotto il nome di dote s'intende ciò che dalla moglie o da un terzo in nome di lei si dà o si promette al marito per alleggerire il dispendio congiunto colla società coniugale. » Con queste definizioni concorda pienamente quella che ci lasciava il Voet: « Dos est res, quae a muliere, vel ab alio mulieris nomine, datur ma-

(1) V. Paoli, *La dote, i beni parafernali e la comunione dei coniugi*, num. 7; Genova, 1877.

rito ad sustinenda onera matrimonii (1). » Il card. de Luca ci presenta un'acconcia osservazione, che vogliamo riferire. Avuto riguardo all'ampio significato della parola, *in ejus latissima grammaticali significatione*, si chiama *dote* anche il pregio dell'ingegno, ed in generale ogni benefizio della natura, della fortuna o dell'industria: « ideoque boni mores, ac literarum scientia, aliaeque animi partes, ejusdem animi vel ingenii dotes dicuntur (2). » Nondimeno, nel linguaggio giuridico, e nello stesso linguaggio comune (quando è assunta la voce in un significato ristretto) si dà il nome di *dote* soltanto ai beni apportati al marito per sostenere i pesi del matrimonio.

La sola dichiarazione degli sposi, di voler contrarre matrimonio sotto il sistema dotale, non basta per rendere dotali i beni della moglie. Tale carattere è proprio soltanto di quei beni ai quali la moglie lo abbia attribuito nel contratto di matrimonio, ed ai beni che terze persone le abbiano donato con questo carattere. Ciò risulta dalle parole del Codice: beni che la moglie od altri per essa apporta *espressamente a questo titolo* al marito. Diceva in proposito il giureconsulto romano: « Dotis causa accipere debemus ea quae in dotem dantur. » (L. 9, § 2, D. *de jure dotium*). Di qui le regole dei Dottori: « Constitutio dotis non praesumitur nisi probetur, et mulier simpliciter nubens non censetur ejus bona viro in dotem dedisse, nec in parte, nec in toto. Dotalia censeri nequeunt, nisi ea quae nominatim et expresse vel data vel promissa fuerint. In dubio magis praesumuntur paraphernalia quam in dotem data. » Del resto, per rendere dotali i beni, non si richiede una dichiarazione in termini sacramentali. Le parti si possono servire di termini equivalenti: *qualiacumque sufficere verba censemus* (L. 23, D. *de jure dotium*). Basta anche che la volontà di rendere dotali i beni risulti formalmente dalle clausole del contratto di matrimonio. Quindi, per recare un esempio, quando la moglie nelle tavole nuziali si ha riservati alcuni beni come parafernali, fa d'uopo considerare gli altri come dotali (3).

---

(1) V. Voet, *Comm. ad Pandectas*, Lib. XXIII, tit. III, num. 2; Hagae-Comitum, 1731.

(2) V. De Luca, *Summa seu Compendium de dote*, num. 1; Venetiis, 1726.

(3) V. Duranton, *Cours de droit français*, Vol. XV, num. 337.

La dote si apporta al marito per sostenere i pesi del matrimonio. Di qui deriva che essa non costituisce per lui un titolo lucrativo. « Ex promissione dotis, dice il giureconsulto Giuliano, non videtur lucrativa causa esse, sed quodammodo creditor aut emptor intelligitur, qui dotem petit. » (L. 19, D. *de obligationibus et actionibus*). Il marito, osserva il Cuiacio, su questo frammento di Giuliano, rassomiglia ad un compratore: *emptor pro re confert pecuniam, maritus pro dote sumptus intolerabiles*. Paolo Rubeo, annotando una decisione della Ruota Romana, osservava in proposito: « Veritas enim est, generaliter loquendo, quod maritus habet dotem non titulo lucrativo, sed quidem oneroso, quae deservit pro oneribus matrimonii. Quae sane onera matrimonii et maxime hodie sunt gravissima. Jure ille qui uxorem duxit, et oneribus matrimonii gravatum se sensit, sub tanto pondere dolore tactus exclamavit et cecinit: *Uxorem duxi; proh! quantum postea luxi* (1). » Un giurista tedesco, l'Hoffmann, pur ritenendo che la dote costituisce pel marito un titolo oneroso, notava che lo stabilimento della medesima facilita i matrimoni e rende men frequenti le discordie fra coniugi. Ecco le sue parole: « Cum amor vix unquam sit sine rixa, ad iras molliendas taediumque mitigandum, *commoda rei uxoriae* permissa sunt maritis, ut cogitent, uxorem sibi non solum *jucundam*, sed etiam *utilem* futuram. Certe, facilius a quibusdam feruntur injuriae, si cogitent, quam multas pecunia et quam mirificas pariat jucunditates (2). »

Deve accettarsi la teoria esposta precedentemente, che la dote costituisce pel marito un titolo oneroso, anche quando la dote si apporta al marito, non dalla moglie, ma da altri per essa. « Quamvis enim, dice Molineo, iste vero donet respectu mulieris, tamen, dando marito, nihil proprie donat marito. Non enim dat ut sit patrimonium viro, sed mulieri; viro autem tantum in dotem dat, et sic temporarie, et pro oneribus matrimonii (3). » Soltanto a riguardo della moglie

(1) Ruota Romana; decisione dei 31 marzo 1641; V. *Sacrae Rotae Romanae Decisionum recentiorum*, Pars VIII, num. 29; Venetiis, 1716.

(2) V. Hoffmann, *De bonis receptitiis uxori testamento paterno constitutis;* Vitembergae, 1737.

(3) V. Molineo, *Tractatus de donationibus in contractu matrimonii factis*, num. 68; Parisiis, 1681.

la dote che altri dà per essa si può ritenere una donazione. *Antiqui juris conditores inter donationes etiam dotes connumerant;* trovasi detto nel Diritto romano. La moglie è proprietaria dei beni che costituiscono la dote; ad essa, sciolto il matrimonio, questi beni debbono essere restituiti (1).

Le osservazioni che precedono sono di grande importanza nel caso che i creditori di colui che ha costituito una dote impugnino l'atto come fatto in frode delle loro ragioni (2).

2.°

Della costituzione della dote.

La costituzione della dote può comprendere in tutto od in parte tanto i beni presenti quanto i beni futuri della donna, oppure un oggetto determinato. La costituzione di dote espressa in termini generici di tutti i beni della donna non comprende i beni futuri (art. 1389). La costituzione della dote deve essere interpretata restrittivamente in ordine ai beni che ne formano l'oggetto (3). Ecco perchè il Codice dispone che i beni futuri non vanno compresi nella costituzione di dote *espressa in termini generici*. Questa regola, diremo col Troplong, si fonda sulla intenzione presunta dei contraenti, i quali, come è da credersi, nello stringere i patti nuziali, non pensano a cose su cui non hanno nè diritto nè azione pura o condizionale.

Se la donna passa ad un secondo o ulteriore matrimonio, non s'intende ricostituita tacitamente la dote assegnata nel matrimonio precedente (art. 1390). Questa regola si applica anche quando la dote sia stata costituita da altri per

---

(1) V. Troplong, *Contrat de mariage*, num. 3013.

(2) Decideva la Corte di Bologna, che la costituzione di dote è atto a titolo lucrativo per la moglie, e a titolo oneroso per il marito; perciò, sia agli effetti dell'azione Pauliana, sia a quelli dell'azione di nullità in caso di fallimento, non può essere revocata od annullata nei rapporti del marito, che sia inconscio della frode o dello stato di cessazione dei pagamenti per parte del costituente. (Corte di appello di Bologna; sentenza dei 18 gennaio 1895; nella *Legge*, anno XXXV, Vol. I, pag. 595).

(3) V. Zachariae, *Cours de droit civil*, Vol. II, § 534.

la moglie: imperciocchè costei, sciolto il matrimonio, n'è divenuta proprietaria. È quindi libera di costituirsi o no in dote i beni che le furono donati ad occasione del primo matrimonio. Quando serba silenzio su questo punto, si deve intendere che tali beni restano parafernali.

Secondo i principî del Diritto romano, la dote poteva non solo aumentarsi, ma anche costituirsi durante il matrimonio. « Dotes, constante matrimonio, non solum augentur, sed etiam fiunt. » (Inst. § 3, *de donat.*). Il Codice Napoleone, nell'articolo 1543, consacrava una regola perfettamente opposta: « La dot ne peut être constituée ni même augmentée pendant le mariage. » Il nostro Codice adottava un sistema erciscundo: la dote non si può costituire nè aumentare *dai coniugi* durante il matrimonio (art. 1391). Ai soli coniugi è interdetta la costituzione o l'aumento della dote durante il matrimonio; e siffatta interdizione è giustificata dal seguente motivo, che i terzi soffrirebbero detrimento dal principio d'inalienabilità impressa *ex postfacto,* dopo il matrimonio, a quei beni che nel contratto nuziale non apparivano dotali. Dicendo, che la dote non può aumentarsi dai coniugi durante il matrimonio, è chiaro che la legge intende parlare dell'accrescimento convenzionale, non già di quello risultante dalla natura stessa delle cose. Così, quando la moglie s'ha costituiti in dote i suoi beni futuri, e le si devolvono delle successioni; quando l'immobile costituito in dote si accresce in forza dell'alluvione, o trovasi liberato da un usufrutto per la morte dell'usufruttuario, l'aumento che per tali cause sopravviene alla dote non è realmente che l'applicazione e la conseguenza delle convenzioni matrimoniali. Il pensiero della legge non è, e non poteva essere, che la dote fosse incapace di aumento durante il matrimonio. La legge ha voluto soltanto, in omaggio al principio che impone il rispetto dei diritti dei terzi, che i coniugi non potessero di propria volontà aumentare la dote, e molto meno costituirla.

Se il padre e la madre che ha beni stradotali, costituiscono unitamente una dote senza distinguere la parte di ciascuno, la dote s'intende costituita in parti eguali da ambidue (art. 1392). Ciascuno dei genitori rimane dunque debitore della metà della dote; ma il debito non va oltre di questa metà. La madre non è debitrice solidale; il padre non è debitore solidale. La solidalità non è dovuta da coloro che han-

no costituita la dote che sol quando sia stato assunto quest'onere in una maniera espressa.

Se il genitore superstite costituisce una dote sui beni paterni e materni, senza specificarne le porzioni, la dote si prende primieramente sopra i diritti spettanti alla futura sposa nei beni del genitore premorto, ed il rimanente sopra i beni di chi l'ha costituita (art. 1393). La dote, se non vi è stipulazione in contrario, si prende dai beni dei dotanti, ancorchè la figlia dotata dal padre e dalla madre abbia beni propri di cui appartenga loro l'usufrutto (art. 1394).

Osserveremo col Marcadé, che di questi due articoli dianzi riferiti il secondo contiene l'idea generale, di cui il primo non è che lo svolgimento e l'applicazione. La circostanza, che la figlia ha dei beni propri, e che i genitori ne sono detentori ed usufruttuari, non permetterebbe di pieno diritto, e senza una dichiarazione *ad hoc* nelle tavole nuziali, d'imputare su tali beni la dote costituita da ambidue i genitori o da uno di essi. Così, quando il padre gode, sia come usufruttuario legale, sia altrimenti, di una somma di 50,000 lire che appartiene alla figlia, o perchè a lei provenuta dalla successione della madre predefunta, o per esserle stata donata da qualche parente od amico, ed il padre dichiara, senz'altra spiegazione, costituire a sua figlia una dote di lire 50,000, non sarebbe ammesso a dire che la somma di cui ha inteso parlare è quella che appartiene alla figlia; così intesa, la promessa del padre sarebbe un inganno per la figlia e pel futuro genero; chè, dare alla figlia ciò che l'appartiene, non vuol dire costituirle una dote. Se dunque il padre non intende costituire in dote che i beni propri della figlia, e nulla darle *de suo*, si richiede, giusta l'art. 1394, che abbia cura di dichiararlo espressamente.

Questa dichiarazione espressa esiste allorquando i beni appartenenti alla figlia, provenendo a lei dalla successione di uno dei genitori, l'altro costituisce la dote sui beni paterni e materni, ovvero con altre parole esprimenti la medesima idea. Se nel contratto di matrimonio è indicata la proporzione nella quale contribuiranno i beni della figlia e quelli del costituente, l'indicazione verrà seguìta; e nel caso che i beni appartenenti alla figlia non bastassero per compiere la sua porzione, il costituente sarebbe tenuto ad integrarla *de suo*. Ad esempio, se il padre ha promesso 100,000 lire, di cui

metà a prendersi sui beni provenuti alla figlia dalla successione materna, e questi beni non giungano che a 45,000 lire, il padre sarà tenuto a darne *de suo* 55,000, perchè innanzi tutto fa d'uopo che si raggiunga la somma promessa. Se il contratto serba silenzio sul modo della contribuzione, seguesi una regola la quale non si sarebbe applicata sempre, se il Codice, nulla dicendo a tal riguardo, avesse lasciata al giudice la cura d'interpretare la clausola secondo le circostanze, ma che invece è fermata come principio assoluto nell'art. 1393. La dote si prenderà dapprima sopra i diritti spettanti alla futura sposa nei beni del genitore premorto, e soltanto pel dippiù il genitore superstite darà *de suo*. Così, quando il padre ha promesso sui beni paterni e materni 100,000 lire, e la figlia per successione materna non ne ha che 40,000, il padre ne darà 60,000; se la figlia ha 90,000 lire, il padre ne darà soltanto 10,000; se la figlia ha 100 mila lire o più, il padre non darà niente. Senza dubbio, conchiude il Marcadé, tale risultato dà luogo a critica; imperciocchè allora non si può affermare che la dote si costituisce coi beni paterni e materni; essa consiste esclusivamente nei beni materni (1).

Se la dote è costituita dal solo padre pei diritti paterni e materni, la madre, quantunque presente al contratto, non è obbligata, e la dote resta per intero a carico del padre (art. 1395). In tal caso si ha, che il padre fa una costituzione dotale *effuso sermone*, per servirci delle parole dell'imp. Giustiniano (L. 7, Cod. *de dotis promiss.*). Tutta la dote sarà dovuta da lui; egli non ha qualità per obbligare la madre a dotare la figlia. Se la madre avesse voluto dotarla, lo avrebbe detto; il marito non ha diritto di parlare in sua vece. Ciò dovrebbe ritenersi anche quando la madre fosse stata presente al contratto di matrimonio, anche quando vi avesse apposta la sua sottoscrizione. Osserva benissimo il Troplong a questo riguardo, che l'intervento della madre e la sua sottoscrizione non possono sostituire quella stipulazione da cui soltanto può germinare la sua obbligazione. « Elle a pu être forcée d'assister au contrat de mariage par la volonté de son mari; si elle n'a pas réclamé contre une constitution dotale

(1) V. Marcadé, *Explication du Code civil,* sugli art. 1545 e 1546 del Codice francese.

qu'elle désapprouve, c' est que la crainte du mari a pu lui fermer la bouche. C'est aussi par un sentiment pieux qu'elle n'a pas refusé à sa fille sa présence à la solennité du contrat de mariage; mais cette présence, qui s'explique *pietatis et honoris causa,* n' équivaut pas au pacte formel qui est nécessaire pour la validité d'une donation (1). »

Coloro che costituiscono una dote sono tenuti a garantire i beni assegnati in dote (art. 1396). Il Codice italiano quando, sulle orme del francese, ha statuito la garantìa della dote da parte di coloro che l'hanno costituita (mentre, per la regola generale fermata nell'articolo 1077, il donante non è tenuto a garantìa verso il donatario), è stato dominato dall'idea, che la dote è necessaria per sostenere i pesi del matrimonio. Coloro che han costituita la dote, e che perciò sono stati di spinta al matrimonio, il quale è accompagnato da oneri e da obbligazioni, sono necessariamente garanti di ciò che han dato o promesso per adempierne la destinazione. Si deve quindi ritenere, che la disposizione racchiusa nell'articolo 1396 del Codice è pienamente conforme ai principî della giustizia e della equità. E vuolsi ancora avvertire, che l'obbligo della garantìa è a carico della moglie stessa quando ella s'abbia sui propri beni costituita la dote (2).

Gli interessi della dote decorrono di diritto dal giorno del matrimonio contro coloro che l' hanno promessa, quantunque siasi pattuita una dilazione al pagamento, se non vi è stipulazione in contrario (art. 1397). Poichè la dote si apporta al marito *ad sustinenda onera matrimonii*, quegli che l'ha costituita ne deve gli interessi dal giorno in cui cominciano le obbligazioni del marito ed i pesi del matrimonio. Come decideva la Ruota Romana: « Dotis fructus non debentur marito de tempore non supportationis onerum matrimonii (3). »

La stipulazione in contrario, accennata nell'articolo 1397, può essere espressa o tacita. Così, ad esempio, gl'interessi di una somma promessa in dote, ma della quale il costituente s'abbia riservato l'usufrutto, non cominciano a decorrere che dall.

(1) V. Troplong, *Contrat de mariage,* num. 3071.

(2) V. Zachariae, *Cours de droit civil,* Vol. II, § 500.

(3) Ruota Romana; decisione dei 2 dicembre 1632; V. *Sacrae Rotae Romanae Decisionum recentiorum,* Pars VI, num. 240; Venetiis, 1716.

cessazione dell'usufrutto. La regola dell'articolo 1397 non si applica alla costituzione in dote di un credito che non produca interessi. Il dotante il quale, in tal caso, non contrae altra obbligazione eccetto quella di consegnare l'atto comprovante il credito e di garantirne l'esistenza, non può essere tenuto a pagarne gl'interessi, anche quando tal credito non sia ancora esigibile (1).

L'articolo 1398 favella dei *lucri dotali*. Nel linguaggio della scienza e del Diritto intermedio *lucro dotale* è vocabolo di specie; e comprende soltanto ciò che il marito acquista, o per legge, o per patto, sulla dote costituita. Nel *lucro dotale* non sono compresi i lucri della moglie, ossia tutto quello che a lei proviene dalla liberalità del marito in occasione del matrimonio, e che nella storia del Diritto si conosce coi diversi nomi di *donazione nuziale, aumento dotale, contradote* o *sopradote* (2).

Invece, nel linguaggio del Codice Albertino e del Codice italiano, *lucro dotale* è vocabolo di genere, e comprende indistintamente tanto i lucri del marito che quelli della moglie. Ma, se i due Codici vanno all'unisono circa il significato della espressione *lucro dotale*, le disposizioni circa il medesimo sono molto diverse nell'uno e nell'altro Codice. Giusta l'articolo 1529 del Codice sardo: « Se nel contratto di matrimonio non sarà stata fatta particolare convenzione fra gli sposi riguardo ai lucri dotali, s'intenderà stabilito un lucro reciproco del terzo dell'ammontare della dote in favore del coniuge sopravvivente, in proprietà quando non sianvi discendenti dal loro matrimonio, e nel caso contrario in semplice usufrutto. » In altre parole, siccome altrove abbiamo osservato svolgendo la teoria dell'usufrutto stabilito per legge, secondo il sistema del Codice Albertino, il lucro dotale, in mancanza di convenzione, era *legale*. Invece, giusta il sistema del Codice italiano, il lucro dotale non è mai *legale*, esso deve risultare da una clausola espressa delle tavole nuziali. Riferiamo il testo dell'articolo 1398 : « Nel contratto di matrimonio possono gli sposi pattuire un lucro sull'importare della dote in favore del coniuge sopravvivente. Il lucro

(1) V. Aubry e Rau su Zachariae, *Ibidem*.

(2) V. Alfredo Bicci, *Dei lucri dotali, Studi sull'art.* 1398 *del Codice civile;* nell'*Archivio giuridico,* Vol. XIX.

si devolve in proprietà al coniuge sopravvivente se non vi sono discendenti del coniuge premorto, e nel caso contrario in semplice usufrutto, salvochè gli sposi abbiano diversamente pattuito. Il lucro dotale non può convenirsi sulla dote che viene da altri costituita od aumentata durante il matrimonio, e non reca mai pregiudizio agli eredi aventi diritto a porzione legittima. »

Il Pisanelli, nella *Relazione ministeriale*, in tal guisa dava ragione del sistema accolto dal Codice italiano circa i *lucri dotali*:

« Nella mancanza di patti nuziali nella costituzione della dote, il Codice sardo stabilisce fra i coniugi il lucro reciproco del terzo sull'importo della medesima, che si acquista in proprietà od in usufrutto dal coniuge sopravvivente, secondochè non esistono od esistono figli del loro matrimonio. Questa disposizione non trova riscontro in alcuna teoria legislativa, ma deriva da antiche costumanze di alcune provincie del Regno, fra le quali è da annoverarsi la Toscana. Nelle altre provincie, dove le leggi furono codicizzate, la disposizione del Codice sardo non è conosciuta; la qual cosa dimostra, che il lucro reciproco sull' importo della dote non entra nei costumi della maggioranza dei cittadini. Nel progetto fu quindi permessa la stipulazione del lucro dotale, ma non venne supposta la tacita convenzione del medesimo. Anzi, ad impedire che una dichiarazione generica sulla natura del lucro potesse interpretarsi a danno della prole, fu stabilito che, salvo un patto espresso in contrario, il lucro s'intenderà acquistato in semplice usufrutto, quando il coniuge defunto abbia lasciato figli. »

3.°

Dei diritti del marito sulla dote e dell'alienazione dei beni dotali.

A Roma il marito era dichiarato proprietario della dote, *dominus dotis*; ma nello stesso tempo si riconosceva un altro diritto di proprietà che apparteneva sempre alla moglie sui beni dotali: « Res ab initio uxoris sunt, et naturaliter in ejus permanent dominio. » (L. 30, Cod. *de jure dotium*). La dote,

per servirci delle espressioni di Boezio (1), era *in bonis mariti*, sebbene fosse *in uxoris jure;* imperciocchè la moglie conservava il diritto, sciolto il matrimonio, alla restituzione delle cose dotali. Di qui i Dottori trassero la distinzione di un duplice dominio relativamente ai beni che costituiscono la dote: *dominio civile* e *dominio naturale*. Il *dominio civile* appartiene al marito, il quale ha la proprietà della dote durante il matrimonio, a cagione dei frutti, dell'amministrazione, delle azioni, del godimento e della destinazione dotale. Ma alla moglie appartiene la proprietà naturale o reale della dote. Citiamo in proposito le parole del card. de Luca: « Dominium naturale remanet penes mulierem; in virum autem transit quoddam dominium civile, seu utile propter fructus, ita ut rei commodum vel periculum, seu augmentum ac deminutio fit mulieris; vir autem de hujusmodi, bona vel mala alteratione, participat incidenter ac accessorie, propter interesse fructuum quos ex alteratione praedicta augeri vel minui contingat. Atque sunt hodie conclusiones forensibus planae, cum apud solos scholasticos remaneant disputabiles, ut in specie, quod rei dotalis dominium naturale resideat penes mulierem, in virum autem transeat solum civile (2). » E col de Luca vanno d'accordo gli altri scrittori; stimiamo inutile qualunque altra citazione.

Il Codice italiano ha ritenuto la coesistenza di questo duplice dominio riguardo alle cose costituite in dote? Ha ritenuto, per servirci delle parole di Cuiacio, *duos dominos ejusdem rei?*

Riferiamo in primo luogo il testo dell'articolo 1399 del nostro Codice, conforme all'articolo 1549 del Codice Napoleone: « Il solo marito ha l'amministrazione della dote durante il matrimonio. Egli solo ha il diritto di agire contro i debitori e detentori della medesima, di riscuoterne i frutti e gli interessi, e di esigere la restituzione dei capitali. Ciò non ostante può convenirsi nel contratto di matrimonio, che la moglie riceverà annualmente, sopra semplice sua quitanza, una parte delle rendite dotali per le sue minute spese e pei bisogni della sua persona. »

(1) Citato da Troplong, *Contrat de mariage,* num. 3007.

(2) V. De Luca, *De dote,* Disc. CLVIII, num. 1 a 3; Venetiis, 1726.

Ciò premesso, fa d'uopo convenire che, secondo i principî del Diritto moderno, al pari di quanto stabiliva il Diritto romano, il marito non è nè un semplice amministratore, nè un usufruttuario ordinario dei beni dotali. Se lo si considerasse come un semplice amministratore, in qual modo si potrebbe spiegare l'esercizio che a lui spetta, sia come attore, sia come convenuto, di tutte le azioni, tanto reali che personali, concernenti i beni dotali? Se lo si considerasse come un usufruttuario ordinario, in qual modo si potrebbe spiegare il principio generale, ch'egli non è tenuto a dare cauzione per la dote che riceve? Vi è pure una seconda differenza tra l'usufruttuario ordinario ed il marito che ha il godimento dei beni dotali. Se l'usufruttuario ordinario non ha diritto ad alcuna indennità, nè per le raccolte che avrebbe potuto fare e che non ha fatte, nè pei miglioramenti, mercè i quali ha potuto aumentare il valore dei beni di cui ha l'usufrutto, sarebbe dovuta in questi medesimi casi un'indennità al marito, per evitare i vantaggi indiretti di un coniuge verso l'altro. Come, da ultimo, si potrebbe spiegare la disposizione racchiusa nell'articolo 1416, in virtù della quale, sciogliendosi il matrimonio, i frutti naturali della dote si dividono tra il coniuge superstite e gli eredi del premorto, in proporzione della durata del matrimonio nell'ultimo anno?

Il marito adunque, per Diritto moderno, non è nè un semplice amministratore, nè un usufruttuario ordinario dei beni dotali; egli, circa i medesimi, ha quei poteri così estesi che gli attribuivano le leggi romane. Ma ciò non può indurci a conchiudere, che il Codice ha considerato il marito come proprietario *civile* della dote. In nessun luogo del Codice troviamo questa espressione. Se il marito, in taluni casi eccezionali, diviene proprietario dei beni costituiti in dote, ciò si avvera in forza di principî diversi da quelli di un preteso dominio civile, che la legge non ha punto in lui riconosciuto. Conchiuderemo quindi col Marcadé: nel sistema del Diritto moderno, il marito non è un amministratore ordinario, come non è un usufruttuario ordinario; ha un diritto *sui generis*, e molto più esteso di quello che si riconosce negli amministratori e negli usufruttuarî; ma nondimeno egli non può dirsi proprietario civile della dote. Ciò peraltro, osserva benissimo il Marcadé, non è che affar di parole e di esattezza di linguaggio; per quanto si attiene alla

sostanza delle cose, essa è la medesima per Diritto romano e per Diritto moderno. I diritti che le leggi romane concedevano al marito, nella qualità di proprietario civile della dote, gli vengono anche oggi pienamente conferiti (1).

Siccome abbiamo superiormente osservato, dovrebbe considerarsi di niun valore il patto, in forza del quale il marito venisse privato dei frutti dotali; esso sarebbe contrario alla essenza della dote. Dice in proposito Ulpiano: « Ut si quidem fundum in dotem dederit mulier, ita ut maritus fructus reddat, non esse ratum pactum. » (L. 11, D. *de pactis dotalibus*). Ma, come è detto espressamente nell'articolo dianzi riferito del Codice, avrebbe vigore quel patto che autorizzasse la moglie a ricevere annualmente, sopra semplice sua quitanza, una parte delle rendite dotali per le sue minute spese e pei bisogni della sua persona. Qui la dote non è sterile pel marito; essa gli dà i mezzi per sostenere i pesi del matrimonio. Semplicemente, poichè sarebbe troppo molesto ed incomodo per la moglie di ricorrere giorno per giorno al marito per ricevere le somme necessarie ai suoi bisogni personali, per esercitare degli atti di beneficenza, per rimunerare i suoi domestici; quando l'opulenza della dote lo permette, si autorizza la moglie a ricevere annualmente, sopra sua quitanza, una parte delle rendite dotali. Questa consuetudine, ai tempi del card. de Luca, vigeva principalmente tra gli aristocratici « Quamvis videamus, praesertim inter magnates, notabilem fructuum dotalium partem reservari ad favorem ac dispositionem mulieris, et nihilominus istas reservationes in praxi sustineri, attamen id provenit quia inter nobiles et magnates indecorum videtur ut mulier omnia sibi necessaria quotidie a viro petere cogatur (2). » Del resto, come bene osserva il Troplong, questa convenzione differisce da quella con cui la moglie si riserva dei beni parafernali. Il secondo capoverso dell'art. 1399 suppone, che i beni sono dotali, che si sono consegnati al marito, che costui ne ha l'amministrazione, ma che una parte delle rendite è destinata alla moglie che le riceverà sopra semplice sua quitanza; i debitori pagano validamente nelle sue mani. Circa queste

(1) V. Marcadé, *Explication du Code civil,* sull'art. 1549 del Codice francese.

(2) V. De Luca, *De dote,* Disc. CLX, num. 21; Venetiis, 1726.

rendite la moglie è sciolta da ogni dipendenza verso il marito (1).

Ancora: la convenzione di cui è parola nel secondo capoverso dell'articolo 1399 nulla ha di comune con la convenzione frequentissima nelle province meridionali d'Italia. Accenniamo allo *spillatico* (chiamato nelle Prammatiche *dono per lazzi e spille*), che consiste in una pensione annuale, ma più comunemente mensile, la quale, in proporzione della dote ricevuta, pagasi dal marito alla moglie, perchè costei possa provvedere alle sue minute spese ed ai bisogni della sua persona (2). Quando si tratta della convenzione di cui parla il Codice, la moglie direttamente, sopra semplice sua quitanza, esige una parte delle rendite dotali. Invece, convenutosi lo spillatico, è il marito che esige tutte le rendite dotali; soltanto, si obbliga a pagare periodicamente una somma alla moglie nella misura stabilita nelle tavole nuziali. Troviamo un pronunziato del Supremo Collegio di Napoli, nel quale, dopo essersi fermato il concetto dello *spillatico*, decidevasi che esso si presume soddisfatto durante la convivenza dei coniugi, senza che debba ricorrersi ad alcun mezzo di prova. « Lo spillatico è una prestazione mensile che il marito promette alla moglie perchè possa sopperire alle piccole spese di abbigliamento, senza essere costretta volta per volta di chiedere il danaro all'uopo occorrente; questa prestazione, avuto riguardo alla vita intima del matrimonio, non può non reputarsi soddisfatta *brevi manu*, altrimenti il sospetto e la diffidenza si surrogherebbero alla buona fede ed allo affetto su cui deve adagiarsi la società coniugale. Inoltre il marito, come capo di tale società, ha il dovere di somministrare alla moglie quanto è necessario ai bisogni della vita (art. 132, Cod. civ.); lo spillatico adunque fa parte degli alimenti, giacchè in essi vanno compresi *cibaria, et vestitus, et habitatio, quia sine his ali corpus non potest* (L. 6, D. *de alim. vel cib.*). Or se gli alimenti si presumono forniti durante la vita

(1) V. Troplong, *Contrat de mariage*, num. 3131.

(2) Carmine Fimiani definiva in tal guisa lo *spillatico*: « Annua, vel menstrua praestatio, quae a viro fit mulieri ad muliebria officia explenda. » *Elementa juris privati neapolitani* Pars I, Lib. II, Cap. VII; Neapoli, 178[illegible]

comune dei coniugi, la stessa presunzione deve ammettersi per la soddisfazione dello spillatico (1). »

Il marito non è tenuto a dare cauzione per la dote che riceve, se non vi è stato obbligato nell'atto di costituzione dotale (art. 1400). La ragionevolezza di tale disposizione è chiarissima. Fermare come regola legale, che la moglie la quale si dà personalmente al marito, dovesse poi essere garantita pei suoi beni mercè l'intervento di un estraneo, sarebbe stato un affronto pel marito, *gravamen honesto proboque viro*, al dire di Baldo; sarebbe stata una sconveniente diffidenza, che molto facilmente avrebbe generato discordie nella famiglia. Tale è infatti la ragione che ne assegna l'imp. Giustiniano: « Si enim credendam mulier sese existimavit, quare fideiussor, ut causa perfidiae in connubio generetur? » (L. 2, Cod. *ne fideiussores vel mandatores dotium dentur*). Gli scrittori francesi agitano la quistione, se il marito possa esser tenuto a dar cauzione quando, dopo il matrimonio, sia divenuto insolvibile. Il Troplong la risolve negativamente; l'unico espediente per la moglie, ei dice, è quello di domandare la separazione della dote. Il Codice italiano chiude l'àdito presso di noi ad ogni controversia, colla disposizione racchiusa nel capoverso dell'articolo 1400. Per regola generale il marito non è tenuto a dar cauzione per la dote. Nulladimeno « qualora dopo il matrimonio sia sopraggiunto nel patrimonio del marito un trasformamento o una diminuzione, per cui venga la dote ad essere in pericolo, e quegli che l'ha costituita o ne è il debitore, sia nel numero delle persone che sarebbero tenute alla prestazione degli alimenti, può il tribunale civile, sulla istanza del medesimo, ordinare le cautele opportune per la sicurezza della dote. »

Noi superiormente abbiamo dimostrato che, sotto l'impero del Codice, non si può fare buon viso alla teoria romana, che riteneva il marito *proprietario civile* della dote. Ciò peraltro non toglie che, sia per la natura stessa delle cose, sia in forza dei principii generali del Diritto, il marito divenga proprietario di taluni beni costituiti in dote. Si possono distinguere quattro classi di beni dotali che divengono

(1) Corte di Cassazione di Napoli; sentenza dei 17 luglio 1883: nella *Legge*, anno XXIV, Vol. I, pag. 84.

proprietà del marito, e che non sono colpiti di una vera dotalità.

A) La prima classe comprende le *cose fungibili*. Ben è vero che il Codice non parla di esse; ma ciò dipende dalla natura stessa di queste cose. Le quali passano in proprietà del marito anche quando non siano state stimate nel contratto di matrimonio. Queste cose sono state date al marito perchè ei ne disponga, perchè le consumi, *ut eas maritus ad arbitrium suum distrahat,* al dire del giureconsulto Gaio (L. 42, D. *de jure dotium*). Allo scioglimento del matrimonio, il marito non deve restituire la stima delle cose fungibili: ma sibbene cose della medesima quantità e qualità e del medesimo valore. *Generis debitor dicitur maritus, non autem speciei* (1). Egli non deve la stima delle cose fungibili, se non quando queste cose sono state stimate nel contratto di matrimonio. Che se il marito non potesse procurarsi queste cose allo scioglimento del matrimonio, sarebbe autorizzato a pagarne il prezzo secondo il loro valore al momento in cui il pagamento dovrebbe aver luogo (2).

B) La seconda classe comprende le *cose mobili stimate nel contratto di matrimonio, senza la dichiarazione che tale stima non ne produce la vendita* (art. 1401). In tal caso si applica il principio: *aestimatio facit venditionem*. La proprietà di queste cose passa nel marito, che può disporne nel modo più assoluto. La moglie perde ogni diritto di proprietà su di esse; allo scioglimento del matrimonio il marito sarà tenuto soltanto al pagamento del prezzo. In altre parole, queste cose non sono dotali; la dote non consiste che nel prezzo della loro stima: *dos aestimata, dos vendita.*

C) La terza classe comprende gl'*immobili, allorchè dichiarasi espressamente che la stima ne produce la vendita* (art. 1402). Secondo i principî del Diritto romano, tanto per le cose mobili quanto per gl'immobili seguivasi la massima: *aestimatio facit venditionem.* Il marito diveniva proprietario degli immobili stimati; poteva disporne, come delle cose proprie. Invece, secondo i principî del Codice, la massima *aestimatio facit venditionem,* non è vera che quando la stima non può spiegarsi altrimenti che col pensiero di rendere il

(1) V. De Luca, *De dote,* Disc. CLVIII, num. 3; Venetiis, 1726.

(2) V. Troplong, *Contrat de mariage,* num. 3157.

detentore della cosa debitore del prezzo piuttosto che della cosa stessa. Quando la stima trova la sua spiegazione in un altro scopo ed in altro interesse, non si può affermare che la stima vale vendita. La presunzione di trasmissione di proprietà è esclusa. Lo stesso ha luogo nel caso preveduto dall'art. 1670, in tema di locazione a soccida.

D) La quarta classe comprende gl'*immobili che sostituiscono il danaro costituito in dote nel contratto di matrimonio* (art. 1403). Questa regola era pure ammessa nel Diritto romano. Quando però nel contratto di matrimonio siasi stipulata la condizione dell'impiego, l'immobile acquistato col danaro dotale diviene dotale. In tal caso non si fa che prestare osservanza ad una condizione precisa del contratto di matrimonio. « Quo mulieri esset res cautior, curavit ut in fundo dos collocaretur: » dice Cicerone, nella orazione *pro Caecina*. La moglie ha voluto questa guarentigia, osserva il Troplong, essa non potrebbe esserne privata; essa deve raccoglierne i vantaggi.

I beni dotali, che non passano in proprietà del marito, non possono alienarsi od obbligarsi da costui, neanche col consenso della moglie. A questa regola troviamo nel Codice due eccezioni.

Prima eccezione: — Quando nel contratto di matrimonio è stata permessa l'alienazione o l'ipoteca della dote (articolo 1404).

Seconda eccezione: — Quando ciò è autorizzato da un decreto del tribunale. L'autorità giudiziaria non può concedere tale autorizzazione che nei soli casi di necessità od utilità evidente (articolo 1405).

Arrestiamoci brevemente a dar ragione di queste due eccezioni, facendo tesoro della *Relazione ministeriale* del Pisanelli.

In primo luogo, il Codice permette l'alienazione o l'obbligazione della dote, quando questi atti siano stati consentiti nelle tavole nuziali. « La dote, essendo destinata a sopperire ai pesi del matrimonio, l'inalienabilità deve esserne la conseguenza naturale. Potendo però gli sposi procedere al matrimonio senza costituzione dotale, non havvi ragione di vietare che nel contratto di matrimonio la dote sia costituita con riserva di poterla alienare. Vietando questo patto, la legge si preoccupa troppo dell'interesse dei figli; ma in qual modo

vi provvede essa, allorchè non esiste costituzione di dote? Anche qui la forza dell' abitudine contrasta alla logica del diritto. Questa richiederebbe in ogni caso che il regime dotale fosse imposto agli sposi come una necessità, per modo che tutti i beni della moglie s'intendessero costituiti in dote. Nei secoli scorsi poteva forse discutersi su tale proposta: ora basta accennarla. » Ben è vero che Giustiniano proibì l'alienazione della dote anche quando essa si fosse convenuta nelle tavole nuziali. Ma questo divieto rende testimonianza della condizione deplorevole in cui era in quel tempo la società romana. « È necessario (dice il Pisanelli) di salvare la dote, anche contro l' onore e il benessere della famiglia, a danno dei terzi traditi nella loro buona fede, con grave pregiudizio del commercio fondiario inceppato dall'inalienabilità, da ipoteche generali che retroagiscono: l' interesse dello Stato lo richiede. L'Impero va rovinando sotto i colpi dei barbari che vi irrompono; fa d'uopo che la moglie, dopo il divorzio o la morte del marito, ritrovi integra la sua dote per rimaritarsi e dare altri figli alla patria: *Reipublicae interest mulieres dotes salvas habere, propter quas nubere possint.* Pensiero funesto, ispirato dalla diffidenza e dallo scoraggiamento di una società decrepita, che non crede più ad alcun progresso, troppo fortunata se riesce a conservare ciò che possiede. »

In secondo luogo, il Codice permette l'alienazione o l'obbligazione della dote quando ciò sia autorizzato dall'autorità giudiziaria nei soli casi di necessità o di utilità evidente. Le Leggi Civili napoletane indicavano tassativamente le cause per cui l' autorità giudiziaria poteva dare la suddetta autorizzazione: per liberare dal carcere il marito o la moglie; per somministrare gli alimenti alla famiglia; per pagare i debiti della moglie o di quelli che avevano costituita la dote, allorchè questi debiti avevano una data certa anteriore al contratto di matrimonio; per fare straordinarie riparazioni necessarie alla conservazione dell'immobile dotale; quando l'immobile dotale era indiviso con terza persona ed era riconosciuto incapace di divisione (art. 1371, LL. CC. napoletane). La stessa indicazione si trova negli altri Codici che preesistevano nella penisola. Ma il Codice italiano con miglior consiglio non procede a questa indicazione tassativa. Notava in proposito il Pisanelli: « La legge non può prevedere tutti i casi in cui l' alienazione o l' obbligazione della dote si pre-

senta necessaria od utile; donde la conseguenza, o di far categorie di casi talmente generici da renderne inutile la specificazione, o di costringere i coniugi a mascherare la verità per trovarsi apparentemente nel caso espresso dalla legge. Parve quindi più franco partito quello di non dare altra norma all'autorità giudiziaria, se non quella della necessità od utilità evidente. L'esperienza ha dimostrato che, nonostante la limitazione stabilita dai vigenti Codici, i tribunali hanno sempre finito per cedere, sulle ripetute istanze dei coniugi, alle esigenze dei casi non preveduti dalla legge, per modo che le maggiori cautele, che essa volle spiegare per la conservazione della dote, ebbero sempre a risolversi in un maggior carico di spese per ottenere la facoltà di alienare. »

Statuisce l'art. 1406: « Venendo autorizzata la permuta dell'immobile dotale, quello ricevuto in permuta diviene dotale, ed è dotale anche l'avanzo del prezzo, che si deve come tale impiegare. Sarà parimente impiegato come dotale il prezzo ricavato dalla vendita dell'immobile dotale, autorizzata per motivi di evidente utilità. In ambidue i casi il tribunale provvederà in guisa che non si ommetta l'impiego del prezzo nel modo da esso stabilito. » Dobbiamo brevemente spiegare le disposizioni racchiuse nel riferito articolo.

La permuta dell'immobile dotale è un modo di alienazione. Ecco perchè non può farsi col solo consenso dei coniugi, quando nel contratto di matrimonio non sia stata permessa l'alienazione della dote. È necessario far ricorso all'autorità giudiziaria, la quale peraltro non si mostrerà così difficile nell'autorizzarla, come sarebbe suo dovere nel caso che si trattasse di vendere questo immobile, di ipotecarlo, di gravarlo di una servitù. La permuta è un modo di alienazione che non impoverisce; essa non fa che sostituire una cosa ad un'altra cosa del medesimo valore (1). Il magistrato quindi permetterà questa permuta sempre che riconosca essere la stessa utile alla moglie. È questa appunto la dottrina che ci lasciava il giureconsulto Modestino: « Ita, constante matrimonio, permutari dotem posse dicimus, si hoc mulieri utile sit. » (L. 26, D. *de jure dotium*).

L'immobile ricevuto in permuta diviene dotale, ed è dotale anche l'avanzo del prezzo, che si deve come tale impie-

(1) V. Troplong, *Contrat de mariage*, num. 3500.

gare; ciò è detto espressamente nell'art. 1406. Ma quando l'immobile ricevuto in permuta è di un valore superiore a quello costituito in dote, esso non diverrà dotale se non sino a concorrenza di questo valore; imperciocchè, come statuisce l'articolo 1391, i coniugi non possono, durante il matrimonio, aumentare la dote. Sarebbe altrimenti quando la costituzione della dote comprendesse tanto i beni presenti che i beni futuri della donna.

Il Codice dispone, che deve parimente impiegarsi come dotale il prezzo ricavato dalla vendita dell' immobile dotale, autorizzata per motivi di evidente utilità. Con savio consiglio la legge non vuole che questo prezzo si lasci alla libera disposizione dei coniugi. Ciò sarebbe, come bene osserva il Troplong, andar contro il pensiero del contratto di matrimonio, che avendo costituita la dote in valori immobiliari, indica abbastanza ch'è in questi valori o in valori equivalenti ed indisponibili, che ha voluto veder riposare la sicurezza della dote.

Il modo dell' impiego è abbandonato alla prudenza dell'autorità giudiziaria; la quale, sia che trattisi dell'impiego dell'avanzo del prezzo ricavato dalla permuta dell' immobile dotale, sia che trattisi dell'impiego del prezzo ricavato dalla vendita di questo immobile, autorizzata per motivi di evidente utilità, deve pure stabilire in guisa che i suoi provvedimenti, circa il suddetto impiego, vengano pienamente osservati.

L'articolo 1407 racchiude la sanzione del principio generale, che vuole la inalienabilità della dote. Statuisce il Codice: « E nulla l'alienazione o l'obbligazione della dote, quantunque vi acconsentano ambidue i coniugi, se non è stata permessa nel contratto di matrimonio, o non si adempiano le condizioni sopra stabilite. Il marito può, durante il matrimonio, far rivocare l'alienazione o l'obbligazione: uguale diritto spetta alla moglie anche dopo sciolto il matrimonio. Il marito però che vi ha acconsentito è obbligato pei danni verso colui col quale ha contrattato, se nel contratto non ha dichiarato che la cosa alienata od obbligata era dotale. Sciolto il matrimonio, si può procedere sui beni che costituivano la dote, anche per le obbligazioni contratte dalla moglie durante il matrimonio. »

L' alienazione della dote (e ciò che diciamo dell' aliena-

zione vuolsi applicare eziandio all'obbligazione della stessa), quando si faccia fuori dei casi indicati nella prima parte dell'articolo 1407, è dunque nulla. *Venditio non valet*, come diceva il giureconsulto romano (L. 42, D. *de usurp. et usucap.*). Poco importa che l'alienazione sia stata vantaggiosa alla moglie al tempo in cui si è fatta. Quando pure essa fosse riuscita d'immensa utilità per la famiglia, cui avesse prestato i mezzi di sussistenza in tempi calamitosi, non dovrebbe meno essere annullata.

Durante il matrimonio, tanto il marito che la moglie possono far rivocare l'alienazione della dote. Che lo possa la moglie, è evidente la ragione. Ma che lo possa il marito, a prima fronte sembra strano, quando egli ha, solo o col consenso della moglie, alienata la dote. Diciamo *a prima fronte;* imperciocchè, quando si consideri attentamente la posizione del marito, si ravviserà di leggieri ch'egli, se è venditore, è pure protettore dei diritti dell'associazione coniugale. Allorchè il marito domanda che sia rivocata l'alienazione della dote, agisce nell'interesse della famiglia, di cui la dote è forse l'unico od il principale appannaggio: « non in suum, sed tantum in uxoris commodum, contra suum veniens factum (1). »

Il terzo acquirente non ha azione per domandare la nullità dell'alienazione, anche quando la cosa dotale gli sia stata venduta dal solo marito in suo proprio nome, cioè a dire, senza indicare che la cosa formava parte della dote della moglie. Potrebbe osservarsi in contrario che allora, non essendo il marito proprietario della cosa, l'alienazione può impugnarsi non solo a ragione della dotalità della cosa, ma eziandio per l'altra ragione, che l'alienazione si è fatta *a non domino;* si potrebbe osservare, che nella ipotesi dianzi figurata trova applicazione l'articolo 1459, giusta il quale la vendita della cosa altrui è nulla, ed il compratore ha il diritto di farne dichiarare la nullità. Ma vuolsi in proposito aver riguardo a tale considerazione, che se il marito non è precisamente proprietario dei beni dotali, ha nondimeno su di essi dei diritti molto estesi e di una natura tutta particolare; ed i quali non permettono di equiparare la vendita da lui fatta alla vendita della cosa altrui, nel senso dell'articolo 1459.

(1) V. Voet, *Comm. ad Pandectas,* Lib. VI, tit. I, num. 19; Hagae-Comitum, 1731.

Il marito è usufruttuario della dote; egli può esercitare le azioni petitorie che han rapporto colle cose dotali; egli è in certo modo il procuratore legale della moglie. Quindi l'articolo 1459 non può trovare applicazione. Il compratore non può mai provocare l'annullamento dell'alienazione della cosa dotale, e quando questa alienazione sia stata consentita dal marito, e quando sia stata consentita dalla moglie, o da ambidue coniugi; tanto nel caso che ha ignorata la dotalità, che in quello in cui l'ha conosciuta: tranne soltanto che siasi fatto uso di raggiri fraudolenti per ingannarlo a tal riguardo, imperciocchè *fraus omnia corrumpit* (1).

La nullità dell'alienazione non può essere domandata nè dai creditori del marito, nè da quelli della moglie. Il diritto di rivocazione, osserva acconciamente il Troplong, è stato introdotto nell'interesse della famiglia, non già nell'interesse dei creditori. Costoro non debbono interporsi negli interessi domestici; non debbono, d'altra parte, per loro conto personale, recare un colpo alla stabilità dei contratti (2).

Solo durante il matrimonio il marito può esercitare questa azione. Sciolto il matrimonio, cessa in lui la qualità di protettore degli interessi della moglie, che gli dava il diritto di provocare la rivocazione. A lui non resta che la qualità di venditore, e come tale non può domandare la rivocazione del proprio fatto.

Il marito che domanda la rivocazione dell'alienazione, e l'ottiene dal magistrato, deve, se ha consentito all'alienazione, restituire il prezzo di questa all'acquirente. Ancora: è risponsabile verso costui dei danni, se nel contratto non ha dichiarato che la cosa alienata era dotale. Il prezzo si deve restituire dal marito, anche quando abbia dichiarato nel contratto che la cosa era dotale: perdere la cosa ed il prezzo sarebbe una condizione iniqua a danno del compratore.

Lo stesso deve dirsi quando l'autorità giudiziaria pronunzia la rivocazione dietro domanda della moglie avanzata durante il matrimonio. Il marito deve sempre rispondere del prezzo, e, nel caso sopra indicato anche dei danni, sempre che ha consentito all'alienazione. Ma la moglie non è, come

---

(1) V. Marcadé, *Explication du Code civil,* sull'art. 1560 del Codice francese.

(2) V. Troplong, *Contrat de mariage,* num. 3519.

il marito, tenuta ai danni verso il compratore, sol perchè gli abbia lasciato ignorare la dotalità della cosa alienata. Ancora: la moglie non è tenuta, quando agisce per la rivocazione dell'alienazione, a rimborsare all'acquirente il prezzo che questi le ha pagato, tranne se costui provi che il prezzo è tornato in vantaggio personale della moglie; nel qual caso ne può reclamare la restituzione, ma soltanto sui beni parafernali di lei (1).

Riteneva a buon diritto il Supremo Collegio di Napoli, che, per la vendita del fondo dotale fatta dai coniugi, il solo marito è tenuto al risarcimento dei danni a causa della nullità di essa; la moglie non può essere obbligata a restituire il prezzo se non in quanto se ne sia avvantaggiata. « Il dedurre dal solo fatto dell'annullamento della vendita la conseguenza di un obbligo della moglie alla restituzione del prezzo è un argomento che procede in controsenso della legge, la quale fuori del caso dell' utile versione addebita al solo marito il rimborso dei danni-interessi. E però riesce un fuor d'opera la teoria dell'indebito, quando la responsabilità posta a carico del solo marito dimostra avere la legge presunto sino a prova contraria che egli solo siasi vantaggiato del prezzo; e quindi vien meno l'estremo dell'indebito esatto per potersi propugnare l' obbligo della restituzione. » Soggiungeva la Corte, che la dichiarazione fatta dai coniugi venditori, che il fondo venduto era libero, non costituiva dolo, e quindi non metteva a carico della moglie l' obbligazione pel risarcimento dei danni. « Il dolo per legge non consta di una semplice dichiarazione, sì bene del complesso di quegli estremi che sono indicati nell' articolo 1115 del Codice civile. Oltre che egli è ancora per altro testo espresso di legge, che la dichiarazione di vendere come franco e libero il fondo dotale non valga ad indurre il dolo, imputabile alla moglie, quando l' articolo 1407 ne trae ragione di danni-interessi a carico del solo marito (2). »

L'articolo 1407 del Codice si chiude collo statuire, che, sciolto il matrimonio, si può procedere sui beni che costituivano la dote, anche per le obbligazioni contratte dalla mo-

(1) V. Zachariae, *Cours de droit civil*, Vol. II, § 557.

(2) Corte di Cassazione di Napoli; sentenza dei 17 ottobre 1880; nel *Foro italiano*, anno 1881, parte I, pag. 219.

glie durante il matrimonio. Nel seno della Commissione Coordinatrice il De Foresta propose che tale disposizione non fosse stata approvata. « Se si vuole mantenere l'istituzione della dote, non conviene spogliarla di quelle cautele che sono necessarie acciocchè non divenga illusoria, nè toglierle quella tutela a cui le popolazioni sono avvezze. Se non si dichiara che, sciolto il matrimonio, non potranno i creditori agire sulla dote, sarà facile il far frode al principio della inalienabilità di essa (1). » La stessa osservazione era stata fatta dalla Commissione dei giureconsulti napoletani, chiamata dal Pisanelli a disaminare il progetto Miglietti; nell'articolo 1445 di tale progetto si leggeva la stessa disposizione racchiusa nell'articolo 1407 del Codice. Osservò la Commissione: « La giureprudenza, dapprima dubbiosa, può dirsi che non lo sia più in riguardo alla impotenza giuridica delle obbligazioni sulla dote, contratte durante il matrimonio, ancor dopo la dissoluzione di esso; a quei dì nei quali bene spesso la donna ha mestieri di soccorso, si vedrebbe assalita dalle azioni dei creditori per obbligazioni contratte durante il matrimonio, per guisa da rimanerle ad assistere allo spettacolo dell'alienazione forzata di quella dote, che le leggi avevano per lo innanzi custodita vietandone l'alienazione volontaria in modo assoluto (2). » Non ostanti queste opposizioni, nella redazione definitiva del Codice, si fece buon viso al principio accolto nel progetto Miglietti, e poi nel progetto Pisanelli. Nella *Relazione* che accompagnava quest'ultimo progetto dicevasi in proposito: « Collo scioglimento del matrimonio si scioglie il regime dotale, e conseguentemente non vi sono più beni formanti parte di una dote; ma semplicemente dei beni che furono dotali, e che, dopo di essere stati inalienabili, e per questo titolo sottratti all'azione dei creditori durante il matrimonio, divennero liberi e soggetti al diritto comune collo scioglimento del medesimo. Se qualunque creditore della moglie anteriore al matrimonio, o posteriore allo scioglimento di questo, può agire su quei beni per essere soddisfatto, per qual ragione non potrà fare altrettanto chi divenne creditore durante il matrimonio? Se egli si presentasse colla pretesa di

(1) Verb. num. 36 della Commissione Coordinatrice.

(2) V. le *Osservazioni* della suddetta Commissione, Parte III, pag. 20 e 30; Torino, 1864.

un diritto di preferenza sopra gli altri creditori, o contro i terzi, in forza di un'ipoteca acquistata mentre i beni erano dotali, niun dubbio che questa pretesa dovrebbe essere respinta, perchè la dote non era capace di vincolo ipotecario senza l'autorizzazione giudiziale. Ma quando il detto creditore non reclama alcun diritto di preferenza acquistato durante il matrimonio, non si sa comprendere il motivo perchè debba trovarsi in una condizione peggiore di quella degli altri creditori. Potendo egli agire sui beni liberi che la moglie avesse successivamente acquistato durante il matrimonio, o dopo lo scioglimento di questo, perchè non gli competerà simile diritto sui beni dotali che già appartenevano alla moglie e che divennero liberi, sottoposti al diritto comune, collo scioglimento del matrimonio (1)? »

4.°

Della restituzione della dote.

Sciolto il matrimonio, il marito non ha più diritto di conservare la dote: *cessante causa, cessat effectus*. Allora si fa luogo alla restituzione della dote, oggetto di una sezione speciale del Codice. Nelle Pandette il titolo terzo del Libro XXIV è dedicato parimente a questa obbligazione cui è tenuto il marito allo scioglimento del matrimonio: *Soluto matrimonio, quemadmodum dos petatur*. Nel caso di premorienza del marito, il dovere della restituzione della dote incombe agli eredi di lui.

La restituzione della dote deve essere completa. Il Codice italiano, sulle orme del francese, non ha riconosciuto il *beneficium competentiae*, che il Diritto romano concedeva al marito indigente: *deducto ne egeat* (2).

(1) La dottrina accolta dal Codice italiano fu vivamente combattuta in Francia dal Labbè (*Régime dotal, obligations de la femme;* nella *Revue critique de législation*, anno 1856). Egli osservava, che il divieto della legge circa l'alienazione o l'obbligazione delle cose dotali riposa sul principio della stabilità delle famiglie: *ne uxor fragilitate naturae suae in repentinam deducatur inopiam* (L. unica Cod. *de rei uxor. act.*).

(2) Colle parole *beneficium competentiae* « bezeichnet die moderne

Il legislatore determina colla massima precisione in qual modo ed in qual tempo deve farsi la restituzione della dote. Sono contemplate due ipotesi principali.

A) Se la dote consiste in immobili, ovvero in mobili non stimati nel contratto nuziale, o stimati con dichiarazione che la stima non ne toglie alla moglie la proprietà, il marito o i suoi eredi possono essere costretti a restituire senza dilazione la dote, sciolto che sia il matrimonio (art. 1409). *Illico,* dice l'imp. Giustiniano (L. unica Cod. *de rei uxoriae actione*).

B) Se la dote consiste in una somma di danaro, o in mobili stimati nel contratto, senza che siasi dichiarato che la stima non ne attribuisce la proprietà al marito, la restituzione non può domandarsi che un anno dopo lo scioglimento del matrimonio (art. 1410). La stessa regola stabiliva Giustiniano: « Exactio dotis celebretur non annua, bima, trima die, sed omnino intra annum. » *(Ibidem).*

La ragione della differenza nella restituzione degli oggetti indicati nell'art. 1409 e di quelli indicati nell'art. 1410, è evidente. Si reputa che il marito non abbia pronto il danaro dotale; egli probabilmente lo ha dato a mutuo per ricavarne profitto; gli si deve quindi concedere una dilazione perchè possa trovare il modo di farne la restituzione. Ma quando trattasi di immobili o di mobili la cui proprietà resta alla moglie, queste cose si trovano nel possesso del marito, o si reputa che debbano esservi; egli dunque può essere costretto a farne l'immediata restituzione (1).

Se i mobili, la cui proprietà resta alla moglie, si sono consumati coll'uso e senza colpa del marito, egli non è tenuto a restituire che i rimanenti, e nello stato in cui si trovano. La moglie può in qualunque caso ritenere la biancheria e ciò che serve all'ordinario e necessario suo abbigliamento, detratto però il valore di tali oggetti quando sono stati primitivamente dati con una stima (art. 1411). Il marito deve amministrare le cose dotali da buon padre di famiglia. Il Codice prescrive nell'articolo 1408, che il marito riguardo ai

---

Rechtssprache das Recht eines Schuldners darauf, dass ihm die Mittel zum nothdürftigen Unterhalt (Competenz) belassen werden. Die Rechtsquellen sagen dafür *condemnare in id, quod (reus) facere potest.* » Eccius, nel *Rechtslexicon* dell'*Holtzendorff,* verb. *Competenz;* Lipsia, 1870.

(1) V. Troplong, *Contrat de mariage,* num. 3636.

beni dotali è tenuto a tutte le obbligazioni che sono a carico dell'usufruttuario, ed è risponsabile delle prescrizioni incorse e dei deterioramenti avvenuti per sua negligenza. Ma il marito non può essere tenuto risponsabile dei deterioramenti od anche della perdita delle cose dotali, quando ciò siasi avverato per forza maggiore o per vetustà. Ed è questa appunto la ragione per cui si usa, nei contratti nuziali, di vendere al marito gli oggetti mobili che si consumano coll'uso. Allo scioglimento del matrimonio si ha diritto alla restituzione, non di questi oggetti, ma della loro stima risultante dalle tavole nuziali. La moglie, contro la volontà del marito o dei suoi eredi, non potrebbe domandare questi oggetti in natura, quando se ne fosse fatta vendita nel contratto di matrimonio. La sola eccezione che ammette il Codice riguarda la biancheria e ciò che serve all'ordinario e necessario abbigliamento della moglie, che è permesso a costei di ritirare in natura, detratto però il valore *attuale* di tali oggetti (1).

Se la dote non istimata comprende capitali o rendite costituite che abbiano sofferto perdita o diminuzione non imputabile a negligenza del marito, questi ne è liberato restituendo i relativi titoli e documenti (art. 1412). Nel caso preveduto in questo articolo, è la moglie proprietaria del capitale o della rendita costituita; su di essa debbono adunque ricadere sia la perdita, sia la diminuzione dell'uno o dell'altra. Il marito, per regola generale, non deve risponderne; la sua risponsabilità ha luogo soltanto quando tali avvenimenti siano conseguenza di una sua colpa, la quale peraltro deve estimarsi secondo le circostanze. Riferiamo in proposito le acconce osservazioni del Troplong: « Un mari a des rentes sur l'État; ces rentes baissent sous l'influence d'événements ménaçants; elles baissent encore, et il ne les vend pas, de sorte qu'en définitive la dot s'est singulièrement détériorée; s'il eût vendu à propos, la perte aurait été moins forte. Sera-t-il en faute? sera-t-il responsable? Nullement: les chances de hausse et de baisse sont une *alea* sur laquelle on ne saurait reprocher au mari de n'avoir pas spéculé. S'il eût vendu et que la rente eût haussé ensuite, il aurait mal fait en croyant bien faire. Il aurait donc été responsable sous cet autre rapport? Non! on n'est pas en faute, quand on n'est pas assez

(1) V. Zachariae, *Cours de droit civil,* Vol. II, § 540.

prévoyant pour prédire l'avenir (1).» Ecco perchè sopra abbiamo detto, che la risponsabilità del marito deve estimarsi *secondo le circostanze.*

Se la dote è stata costituita sopra un usufrutto, sciogliendosi il matrimonio, il marito od i suoi eredi non sono tenuti che a restituire il diritto di usufrutto, non già i frutti raccolti o scaduti durante il matrimonio (art. 1413). In tal caso la costituzione della dote comprende il diritto di usufrutto, e non già i frutti ch'esso produce. Il marito ha fatto suoi i frutti per sostenere i pesi del matrimonio. Allo scioglimento del matrimonio, egli si libera pienamente, restituendo il titolo, il diritto; *jus ipsum*, come dice il giureconsulto Ulpiano (L. 7, § 2, D. *de jure dotium*).

Vuole essere notata specialmente la disposizione racchiusa nell'art. 1414: Se il matrimonio ha durato dieci anni dopo la scadenza de' termini stabiliti al pagamento della dote, e se la moglie non ne è la debitrice, essa o i suoi eredi possono ripeterla dal marito o dai suoi eredi dopo lo scioglimento del matrimonio, senza essere tenuti a provare che il marito l'abbia ricevuta, ove non si giustificasse avere il medesimo usate inutilmente tutte le diligenze per procurarsene il pagamento.

Questo articolo è calcato quasi del tutto sull'art. 1569 del Codice Napoleone. Diciamo *quasi del tutto*; perchè coll'inciso « *se la moglie non ne è la debitrice,* » il Codice italiano ha risoluta la grave quistione agitata in Francia pel silenzio del Codice Napoleone. Disputano gli scrittori francesi sulla genesi storica della disposizione che si contiene nell'art. 1569. Taluni vi scorgono la riproduzione della Novella 100 di Giustiniano; ma erroneamente, imperciocchè la suddetta Novella non si propose altro che modificare una Costituzione degli imp. Severo ed Antonino (L. 1, Cod. *de dote cauta non numerata*), restringendo in determinati confini l'effetto della eccezione *dotis cautae non numeratae:* per mezzo della quale il marito, allegando di non avere ricevuta la dote, poteva neutralizzare la dichiarazione della quitanza da lui rilasciata, e rigettare sulla persona che reclamava la restituzione della dote l'obbligo di giustificare con altri mezzi di prova ch'egli l'avesse effettivamente ricevuta.

(1) V. Troplong, *Ibidem,* num. 3649.

La vera genesi storica dell'art. 1569 Codice Napoleone, e 1414 Codice italiano, trovasi in un frammento di Ulpiano (L. 33, D. *de jure dotium*), quale fu interpretato dalla giureprudenza del Parlamento di Tolosa (1). La disposizione racchiusa nei due articoli non è fondata sulla presunzione, che dopo dieci anni di matrimonio la dote si è pagata, ma sopra una presunzione di negligenza che si eleva contro il marito, quando egli ha lasciato scorrere dieci anni senza reclamarne il pagamento. La legge non si propone di sottoporre ad una prescrizione speciale l'azione di pagamento della dote; ma semplicemente di liberare, nella ipotesi che prevede, la moglie o gli eredi di lei dall'obbligo di provare che il marito per sua colpa non abbia ricevuto la dote che gli era stata promessa, e di imporre per conseguenza a costui l'onere di provare ch'egli niuna negligenza si debba rimproverare a tale riguardo. Come statuisce espressamente il nostro Codice, la disposizione dell'art. 1414 non si applica nel caso in cui la moglie siasi dotata *de suo*. Non si potrebbe apporre a colpa del marito l'avere usato dei riguardi verso la moglie, non servendosi dei mezzi che gli concedeva la legge per ottenere dalla stessa il pagamento della dote.

Giusta la dottrina propugnata dalla miglior parte degli scrittori, perchè si possa ritenere avere il marito praticate le diligenze necessarie nel senso della legge, non si richiede che abbia fatto ricorso a procedimenti giudiziali. Possono essere sufficienti pratiche e richiami, intorno alla cui equipollenza, per gli effetti dell'articolo 1414, deciderà l'autorità giudiziaria. Ancora: il marito non potrebbesi incolpare della mancanza di diligenze, se per avventura sia provata la insolvibilità di chi ebbe a costituire la dote, donde promana la inutilità di qualunque diligenza che si fosse fatta dal marito per ottenerne il pagamento.

Gli articoli 1415 e 1416 si occupano della restituzione dei frutti e degli interessi della dote. Il sistema del Codice può in tal guisa enunciarsi:

In qualunque modo si sciolga il matrimonio, per la morte della moglie o per quella del marito, i frutti e gl'interessi della dote decorrono *ipso jure* a favore della moglie e dei suoi eredi. Essi decorrono *ipso jure* tanto nel caso in cui la

(1) V. Aubry e Rau su Zachariae, Vol. II, § 540.

dote deve restituirsi senza dilazione, che in quello in cui *miserationis intuitu* la restituzione non può domandarsi che un anno dopo lo scioglimento del matrimonio.

Questa è la regola generale. Nel caso però che il matrimonio si sciolga per la morte del marito, la moglie, invece dei frutti e degli interessi della dote, può domandare una pensione alimentaria durante l'anno del lutto. Qualunque sia però la sua risoluzione, l'eredità del marito le deve, durante il primo anno della vedovanza, l'abitazione e le vesti da lutto. « La vedova non deve essere espulsa dal domicilio coniugale come una miserabile concubina; essa vi è trattenuta dal suo affetto, dalla decenza, dai riguardi che si debbono alla sua posizione. In quanto alle vesti da lutto, è noto il proverbio giudiziario: *la moglie non è obbligata a piangere il marito a proprie spese* (1). »

L'abitazione e le vesti da lutto dovute alla vedova, ai termini dell'articolo 1415 Codice civile, non sono dovute, nè *jure contractus,* nè *jure successionis,* ma *jure viduitatis,* pel solo fatto della vedovanza, e ancorchè la vedova fosse stata in altro modo beneficata dal defunto marito. Diremo a tal riguardo col Supremo Collegio di Torino: « L'articolo 1415 Codice civile in modo assoluto impone alla eredità del marito di fornire alla vedova, durante l'anno, l'abitazione e le vesti da lutto. Gli emolumenti attribuiti alla vedova dal detto articolo non le sono dovuti nè *jure contractus*, nè *jure successionis,* ma veramente *jure viduitatis*; e quindi basta il solo fatto della vedovanza per aversi dalla vedova il diritto, durante l'anno, all'abitazione ed alle vesti da lutto. La legge non ha sottoposto a condizione qualsiasi un tal diritto della vedova, e tanto meno poi ha disposto che le è concesso in vista delle sue ristrettezze finanziarie. Il marito può beneficare come meglio crede la moglie superstite, ma non per questo verranno meno a lei i diritti che le derivano dalla legge incondizionatamente e pel solo fatto della sua vedovanza (2). »

L'articolo 1416 racchiude una eccezione alla regola generale ammessa in materia di usufrutto ordinario. Tanto i

---

(1) V. Troplong, *Contrat de mariage,* num. 3670.

(2) Corte di Cassazione di Torino; sentenza dei 17 aprile 1883; nella *Legge,* anno XXIII, Vol. II. pag. 229.

frutti naturali che i frutti civili irregolari dei beni dotali (i prodotti delle miniere, delle cave e delle torbiere), per ciò che concerne la ripartizione da farsene allo scioglimento del matrimonio, sia tra il marito e gli eredi della moglie, sia tra la moglie e gli eredi del marito, sono del tutto assimilati ai frutti civili regolari. Tutti questi frutti si dividono *pro rata* del tempo che è durato il matrimonio nell'ultimo anno. E quest'anno si calcola, prendendo per punto di partenza, non il giorno in cui la dote è stata consegnata al marito (come era per Diritto romano), ma sibbene il giorno della celebrazione del matrimonio. Per compiere questa divisione bisogna fare una massa di tutti i frutti, anche di quelli da scadere dopo lo scioglimento del matrimonio, purchè scadano nell'anno. « In divisionem, dice Cuiacio, venire non tantum fructus perceptos, vel pensiones locationum quas maritus accepit, quae pro fructibus accipiuntur in jure, sed et pendentes, stantes, et omnes omnimodo spes futurorum fructuum, futurarumque pensionum, habita ratione proportionis in qua divortium factum est. » (Ad L. 7, § 7, D. *soluto matrimonio*). Le spese di sementi, di coltura e di raccolta si prelevano sui frutti.

Se l'immobile dotale fu affittato durante il matrimonio dal solo marito, si osserva quanto è stabilito per le locazioni fatte dall'usufruttuario (art. 1417). Per l'applicazione dell'articolo 493, che concerne le locazioni fatte dall'usufruttuario, due condizioni son richieste dal Codice. La prima condizione, che l'immobile dotale siasi affittato durante il matrimonio. La seconda, che siasi affittato dal solo marito. Mancando una di queste condizioni, si deve rispettare la locazione anche per un tempo eccedente quello che la legge concede all'usufruttuario per locazione d'immobili. Ad esempio, l'immobile dotale, prima del matrimonio, fu affittato da colui che costituì la dote, per venticinque anni. Dopo lo scioglimento del matrimonio, restano altri quindici anni di questa locazione; è chiaro ch'essa deve pienamente rispettarsi.

Prima di chiudere l'esame della teoria circa la restituzione della dote, crediamo opportuno di richiamare una quistione che spesse volte si solleva nel campo della vita pratica del diritto. Sciolto il matrimonio, si debbono restituire al marito o agli eredi di lui i donativi consistenti in oggetti preziosi, ricevuti dalla moglie al tempo della celebrazione del matrimonio? Sotto l'impero del Diritto intermedio la quistio-

ne, se la moglie deve restituire *ornamenta vel jocalia,* ricevuti dal marito, *constante matrimonio,* fu esaminata ampiamente da Giovanni Campeggi, illustre professore di Diritto civile nella università di Padova. Egli distingue: « an constet, quod maritus voluerit donare, an vero solum ad usum concedere, an vero dubitetur. » Nel primo caso, i donativi « sunt mulieris, si donatio non est revocata expresse vel tacite. » Nel secondo caso « clarum est, quod sunt viri et heredum ejus. » Nel terzo caso, se i donativi non sono di gran valore, *si impensa est modica,* vuolsi presumere che il marito ne abbia voluto trasmettere il dominio alla moglie; ma nel caso che siano *non parvi pretii,* allora milita la presunzione contraria. Ma quando i donativi si sono ricevuti dalla moglie *ante matrimonium,* non si può parlare di restituzione. « Advertendum, quod si ante matrimonium talia donarentur, et hoc constaret, teneret donatio irrevocabilis (1). » Sotto l'impero del Diritto moderno, a noi pare evidente che nella specie deve trovare applicazione la teoria dei doni manuali, i quali si debbono ritenere validi avuto riguardo « alla estimazione del rispettivo stato di fortuna del donante e del donatario, posto a riscontro col valore dell' oggetto donato. » Abbiamo ripetuta la dichiarazione fatta dal Vacca nella Relazione che precede il Codice civile.

5.°

Della separazione della dote dai beni del marito.

La separazione della dote dai beni del marito fu introdotta dal Diritto romano. Essa concedevasi, *ubi adhuc, matrimonio constituto, maritus ad inopiam sit redactus, et mulier sibi prospicere velit* (L. 29, Cod. *de jure dotium*). I Romani ritenevano, che la conservazione della dote riguardava l' interesse pubblico; la legge vegliava colla massima sollecitudine perchè questo prezioso patrimonio, ultima risorsa della famiglia, non fosse disperso. Il Diritto moderno ha trovato buono il provvedimento del Diritto romano, e l'ha fatto suo.

(1) V. Campegii, *Quaestionum de dote et dotis constitutione et privilegiis ejus,* Pars II, Quaest. LV; Venetiis, 1580.

L'articolo 1418 determina i casi nei quali la moglie può rivolgersi al magistrato per ottenere siffatto provvedimento.

In primo luogo, la separazione della dote può domandarsi dalla moglie che sia in pericolo di perderla, o quando il disordine degli affari del marito lasci temere che i beni di lui non siano sufficienti per soddisfare i diritti della moglie. E qui vuolsi osservare col Supremo Collegio di Napoli, che il legislatore italiano « non favella di pericolo possibile o probabile, ma presente, *praesens periculum* delle leggi romane, che Gotofredo traduce *imminens,* cioè incalzante. Altra cosa è, dice il giureconsulto, il pericolo di una morte *propinqua,* altra l'*infirma valetudo*, pericolo rimoto, che può generare la morte (L. 3, D. *de mort. causa donat.*). Il *proximus ardet Ucalegon* è diverso dall'*ardebit Ucalegon;* non a caso l'articolo usa il presente e non il futuro. Il benefizio largito ad un coniuge dee per canone di forza logica e di giustizia universale circoscriversi nella cerchia della difesa, e non già tramutarsi in un istrumento di vessazione contro l'altro coniuge. Conviene giudicare sui fatti presenti, non sui futuri, la cui giurisdizione si appartiene solo all'Altissimo, che prudentemente li ricopre di un velo caliginoso, nè debbono i mortali *trepidare ultra,* divinando i giorni che verranno (1). »

---

(1) Corte di Cassazione di Napoli; sentenza dei 28 novembre 1868; V. Capuano e Napolitani, *Giurisprudenza civile della Corte di Cassazione di Napoli*, Vol. VI, pag. 339. — Può il diritto della moglie di chiedere la separazione della propria dote dai beni del marito estendersi anche al caso, che il dissesto degli affari del marito metta in pericolo solamente i frutti? Il Supremo Collegio di Palermo rispose affermativamente, osservando che la facoltà della separazione della dote è concessa non solo a tutela di questa, ma ben anco a garantia dei diritti della moglie. E diritto della moglie, il maggiore, si è appunto che la dote venga impiegata a sostegno del matrimonio; onde è che la scienza ravvisò nella dote un *nomen juris,* affetto a questa speciale destinazione che le è inviscerata: cosicchè, *nisi matrimonii oneribus serviat, dos nulla est* (L. 66, D. *de jure dotium*). (Corte di Cassazione di Palermo; sentenza degli 11 novembre 1878; nel *Giornale delle leggi,* anno X, num. 44). — Per la stessa ragione decise la Cassazione di Napoli (sentenza dei 15 marzo 1893, nel *Foro italiano,* anno 1893, parte I, pag. 716), che, sebbene la dote sia assicurata con ipoteca, può chie-

In secondo luogo, la separazione della dote può domandarsi dalla moglie che abbia ottenuto sentenza di separazione personale contro il marito. « Ai termini di questa disposizione, osservava il Supremo Collegio di Torino, se si consideri o il concetto complessivo, od il letterale tenore di essa, è forza conchiuderne che non sorge l'azione, non si ha titolo a chiedere nel presente caso la separazione della dote, se non allora quando già si è pronunziata con sentenza divenuta irrevocabile la separazione personale per colpa del marito, perchè prima di ciò manca lo estremo voluto dalla legge, manca quel fatto che ne è l'unica ragione (1). »

L'imp. Giustiniano, colla Novella CXL, ammise la separazione *volontaria*. Il Codice italiano, sulle orme del francese, per meglio garantire i diritti dei terzi, statuisce che la separazione della dote deve essere *giudiziale*. Ogni separazione stragiudiziale è nulla (articolo 1418). Il Codice inoltre vuole che la sentenza, la quale pronunzia la separazione venga eseguita con prontezza e serietà. Statuisce in proposito l'articolo 1419: « La separazione della dote pronunziata dall'autorità giudiziaria rimane senza effetto, quando fra sessanta giorni successivi alla sentenza non sia stata eseguita mediante atto pubblico, col reale soddisfacimento dei diritti spettanti alla moglie, sino alla concorrenza dei beni del marito, od almeno nel detto termine la moglie non abbia proposte e proseguite le relative istanze. » Quando tale esecuzione non ha luogo nel termine designato, ciò vuol dire che il pericolo invocato dalla moglie non era reale, ma che invece vi è stata collusione col marito per togliere ai creditori quei beni su cui avevano diritto di fare assegnamento. La legge non potrebbe fare buon viso alla frode. Il Codice richiede, che le istanze contro il marito siano non solo *proposte* ma ancora *proseguite* senza interruzione. Quando trattasi del pericolo della dote, la negligenza è un segno di collusione, e la legge si

---

dersene la separazione dai beni del marito, provando il disordine nei suoi affari. « Non può la dote rimanere un nome vano per la moglie, privata dei frutti che il marito pel disordine dei suoi affari potrebbe distrarre dalla loro natural destinazione, quale è *ad sustinenda onera matrimonii.* »

(1) Corte di Cassazione di Torino; sentenza dei 15 aprile 1874; negli *Annali della giurisprudenza italiana,* anno 1874, parte I, pag. 269.

arma di diffidenza. La frode è facile tra coniugi, osserva il Troplong, e la legge non si mostra ingiusta quando la suppone in un falso sembiante d'istanze, in un simulacro di esecuzione.

La sentenza che pronunzia la separazione dei beni è retroattiva sino al giorno della domanda (art. 1420). La separazione della dote è un provvedimento di protezione; la moglie, quando ha promossa la domanda di separazione, ha fatto tutto ciò che poteva per la guarentigia dei suoi diritti. Se l'autorità giudiziaria ha accolta la sua domanda, se ha riconosciuto che i suoi timori eran seri e ragionevoli, giustizia vuole che il giorno della domanda serva di punto di partenza per regolare i suoi interessi. Il marito, nell'intervallo fra la domanda di separazione e la sentenza, non può fare, relativamente ai beni che costituiscono la dote, se non gli atti della semplice amministrazione: *l'istance est un temps de trêve; il faut en attendre l'issue* (1).

E qui giova notare colla Corte di appello di Bologna, che il disposto dell'articolo 1420, per cui la sentenza che dichiara la separazione della dote è retroattiva sino al giorno della domanda, si applica indistintamente tanto alla dote di specie, che a quella di quantità. Perciò in tal caso è nullo il pignoramento eseguito dai creditori del marito sui mobili di sua proprietà dopo che fu proposta la domanda di separazione, e prima che questa sia stata pronunziata. « Al legislatore era ben nota la possibilità che, dopo la domanda di separazione della dote, qualche creditore del marito facesse oppignorare i di costui beni; come pure gli era ben nota l'eventualità che talora la dote è costituita in *quantità*, e talora in *specie*; anzi gli articoli 1418 e 1419 del Codice civile alludono a questo duplice modo di costituzione di dote; eppure, ad onta di tutto ciò, ebbe a sancire senza limitazione, ed in via assoluta, col susseguente articolo 1420, che la sentenza la quale pronunzia la separazione dei beni è retroattiva fino al giorno della domanda. Se il legislatore avesse voluto che il suddetto articolo 1420 fosse operativo pel solo caso della costituzione della dote in *specie*, non avrebbe fatta una disposizione così generica, ma si sarebbe altrimenti espresso (2). »

---

(1) V. Troplong, *Contrat de mariage*, num. 1381.

(2) Corte di appello di Bologna; sentenza dei 17 febbraio 1882;

Le spese del giudizio di separazione e di pagamento sono a carico del marito (art. 1420). Ed è giusto, imperciocchè è appunto il marito, che col disordine dei suoi affari o col fatto che ha provocata la separazione personale, ha dato causa alla separazione della dote.

Solo la moglie può domandare la separazione della dote. I creditori particolari di lei non possono domandarla senza il suo consenso (art. 1421). La legge, con savio consiglio, non vuole che questi creditori vengano a frammettersi tra il marito e la moglie per turbare i loro rapporti, vengano a portare la teda della discordia nel seno della famiglia, ove deve regnare la pace.

Poichè la esperienza aveva dimostrato, che spesse volte la separazione della dote si domandava dalla moglie di concerto col marito, per frodare i creditori di costui, il Codice provvidamente viene in soccorso di questi creditori colla disposizione racchiusa nell'articolo 1422: i creditori del marito possono reclamare contro la separazione della dote pronunziata dall'autorità giudiziaria, ed anche eseguita in frode dei loro diritti; possono altresì intervenire al giudizio per opporsi alla domanda di separazione.

Quali sono gli effetti della separazione della dote? La moglie che ha ottenuto la separazione della dote deve contribuire, in proporzione delle sue sostanze e di quelle del marito, alle spese domestiche ed a quelle dell'educazione della prole (art. 1423). Questa disposizione è giustissima; è conforme al principio generale fermato dal Codice nel primo Libro, dove si parla dei diritti e doveri dei coniugi fra loro. Il matrimonio sussiste anche dopo la separazione; ciascuno dei coniugi deve quindi sopportarne i pesi, in proporzione della sua fortuna. Se il marito nulla può contribuire, la moglie deve sopportare per intero i pesi del matrimonio (1).

La moglie separata di beni ne ha la libera amministrazione. La dote rimane inalienabile, e le somme che la moglie riceve in soddisfazione di essa sono dotali, e devono impiegarsi coll'autorizzazione giudiziale (art. 1424). Qui è il caso di richiamare una decisione della Ruota Romana: « Dos

---

negli *Annali della giurisprudenza italiana*, anno 1882, parte III, pagina 470.

(1) V. Zachariae, *Cours de droit civil*, Vol. II, § 516.

viro vergente ad inopiam non restituitur, sed tantum assecuratur (1). » Malgrado la separazione dei beni, resta la moglie sottomessa alla podestà maritale. Essa quindi ha d'uopo dell'autorizzazione del marito per gli atti indicati nell'art. 134; salvo il caso in cui la separazione dei beni sia pedissequa della separazione personale pronunziata per colpa del marito (articolo 135, num. 2.°).

III.

Dei beni parafernali.

BIBLIOGRAFIA.—1.° Engelbrecht, *De jure paraphernorum* (Giessae, 1669);— 2.° Hartenstein, *Disputatio inauguralis de bonis paraphernalibus* (Argentorati, 1669); — 3.° Roth, *De paraphernalibus uxorum* (Jenae, 1673); — 4.° Hulder ad Eyben, *De jure paraphernorum* (Argentorati, 1708);—5.° Lynck, *De paraphernis* (Argentorati, 1730);— 6.° Benoit, *Traité des biens paraphernaux* (Paris, 1846);—7.° Forti, *Dei beni stradotali della donna maritata* (nei *Trattati inediti di giurisprudenza,* Firenze, 1864); — 8.° Paoli, *La dote, i beni parafernali e la comunione dei coniugi* (Genova, 1877).

1.° *Nozione dei beni parafernali.*—Sono parafernali tutti i beni della moglie che non sono stati costituiti in dote (articolo 1425). Il Codice destina un capitolo speciale allo stabilimento della teoria dei beni parafernali. Non riconoscendosi nessun sistema legale, nè quello della comunione, adottato dal Codice francese, nè quello dotale, accolto dalle *Leggi Civili* napoletane; quando nelle tavole nuziali si serba silenzio sulle norme dalle quali debbono venir governati i beni della moglie, ovvero quando non v'ha contratto di matrimonio, tutti i beni della moglie presenti e futuri si dovran dire parafernali; ed il matrimonio si affermerà contratto sotto il sistema dei beni parafernali. Il nostro Codice, in altre parole, riconosce tre sistemi matrimoniali: quello dotale, quello dei beni parafernali, quello della comunione. Le parti sono pienamente libere nella scelta: ma quando serbano silenzio, i

(1) Ruota Romana; decisione dei 16 maggio 1613; V. *Sacrae Rotae Romanae Decisionum recentiorum,* Pars I, num. 488; Venetiis, 1716.

beni tutti della moglie sono parafernali (1). Vuolsi pure osservare, che il sistema dei beni parafernali può coesistere, ed ordinariamente coesiste, a costa del sistema dotale. Molte volte si avvera che il carattere dotale è stato impresso soltanto ad alcuni beni della moglie; ed allora tutti gli altri beni si debbono ritenere parafernali.

2.° *Origine del sistema parafernale.*—L'origine dei beni parafernali, come l'indica la stessa voce, si deve alla Grecia: « Si res dentur in ea, quae Graeci παράφερνα vocant, quaeque Galli *peculium* appellant. » (L. 9, § 3, D. *de jure dotium*). Quando s'incominciarono ad introdurre a Roma, Catone, strenuo propugnatore della soggezione delle mogli, ne mosse alti lamenti. Ricevendo il danaro dotale, i mariti poveri come Demenete, che troviamo nell'*Asinaria* di Plauto, aveano venduta la loro podestà verso le mogli, la cui arroganza era divenuta insopportabile: *dotata regit virum coniux*, diceva Orazio. Il sistema dei beni parafernali fece crescere l'indipendenza e l'orgoglio delle donne. I mariti non avevano alcun diritto sui beni parafernali delle mogli; essi non potevano averne l'amministrazione senza il loro consenso. Ma gli imperatori cristiani consigliarono le mogli a lasciare il governo dei beni parafernali ai loro mariti, ai quali non aveano dubitato di confidare le loro persone. Si legge in proposito in una Costituzione di Teodosio e Valentiniano: « Hac lege decernimus, ut vir in his rebus, quas extra dotem mulier habet, quas Graeci *parapherna* dicunt, nullam uxore prohibente habeat communionem, nec aliquam ei necessitatem imponat. Quamvis enim bonum erat, mulierem, quae seipsam marito committit, res etiam ejusdem pati arbitrio gubernari, attamen quoniam conditores legum aequitatis convenit esse fautores, nullo modo (ut dictum est) muliere prohibente, virum in paraphernis se volumus immiscere. » (L. 8, Cod. *de pactis conventis tam super dote, quam super donatione ante nuptias et paraphernis*). A questo sistema s'informano sostanzialmente le disposizioni del Diritto moderno.

3.° *Pesi a carico dei beni parafernali.* —La moglie che

(1) Il Roth così definisce i beni parafernali: « Das Paraphernalvermögen gemeinrechtlich ist alles Vermögen der Ehefrau, welchem nicht Dotalqualität eingeräumt ist, ihr freies Vermögen. » *System des deutschen Privatrechts*, § 97; Tubinga, 1881.

ha beni parafernali, se nel contratto non fu determinata la parte per la quale deve soggiacere ai pesi del matrimonio, vi contribuisce nella proporzione stabilita nell'articolo 138 (art. 1426). Giusta l'articolo 138: « Il matrimonio impone ad ambidue i coniugi l'obbligazione di mantenere, educare ed istruire la prole. Questa obbligazione spetta al padre ed alla madre, *in proporzione delle loro sostanze*, computati nel contributo della madre i frutti della dote. » Questo art. 138 si trova nel primo Libro del Codice, sotto la sezione che ha per rubrica: *Dei diritti e dei doveri dei coniugi riguardo alla prole, e del diritto agli alimenti fra i parenti*. Donde si è creduto potersi inferire, che quando dal matrimonio non si ebbero figli, e la domanda muova dal marito, la moglie non è obbligata a concorrere con le rendite parafernali ai bisogni della famiglia. Questa erronea opinione fu a buon diritto riprovata dal Supremo Collegio di Napoli: « Nell'articolo 1426 sta letteralmente sanzionato di dover la donna coi suoi parafernali concorrere ai pesi del matrimonio. Il mantenimento del coniuge povero l'è senza dubbio un peso inseparabile dalla società coniugale, e come tale non può non ricadere in proporzione pur sui beni parafernali della donna. Nè si opponga che il cennato articolo faccia rinvio al 138 dello stesso Codice, quasichè dovesse alla prole unicamente limitarsi il suo dettato. Cotesta obbiezione ridurrebbe a puro pleonasmo l'articolo 1426, perciocchè l'obbligo di entrambi i coniugi verso la prole era già nitidamente segnato nell'articolo 138, ed in esso puranche stabilita la proporzione. Invano dunque e senza ragione di essere resterebbe il ripetuto articolo 1426 sempre quando riferir si volesse alla sola prole. Se ciò non può ammettersi, nulla essendo inutilmente scritto nella legge, egli è forza ricercare dello stesso articolo il significato e la portata. Le quali cose discendon chiare dalla stessa frase della legge, *contribuire ai pesi del matrimonio;* sino a che il matrimonio sta in piedi, i beni della donna, sian pure parafernali, debbono sopperire ai bisogni ed alle esigenze di esso. Il rinvio all'articolo 138 riflette, come il dice la parola stessa della legge, la *proporzione* del contributo, non la essenza del dovere. La conferma delle esposte idee rinviensi nell'articolo 1423 dello stesso Codice, in cui è detto che, ad onta della ottenuta separazione della dote, debba la donna contribuire in proporzione delle sue sostanze

alle spese domestiche ed a quelle della educazione della prole. Ond'è che se il marito nulla possegga per provvedere a tali bisogni, i beni della moglie, dotali non meno che parafernali, debbano sopperirvi. E ciò può ben dirsi una derivazione logica, quanto necessaria, del concetto giuridico del matrimonio. Con esso una società viene a contrarsi fra l'uomo e la donna, ed anzi la prima, la più nobile delle società. Nella comunanza dei piaceri e dolori la vantaggiosa condizione economica dell'uno giova all'altro coniuge. Ed è in questa reciprocanza, tanto più virtuosa, quanto men coatta, che il maggior prestigio consiste del consorzio. » La Corte richiamava ancora l'ordinamento del Codice circa la successione del coniuge superstite, col quale ordinamento si è voluto sublimare la dignità del matrimonio (1). »

La moglie che ha beni parafernali, in mancanza di patto speciale nelle tavole nuziali, deve soggiacere ai pesi del matrimonio *in proporzione delle sue sostanze;* formola adoperata nell'articolo 138, richiamato dall'articolo 1426. Il Paoli reca questo esempio, per spiegare il sistema della legge: « Dato che il marito abbia una sostanza di lire 60,000, e la moglie di lire 20,000, e pel mantenimento della famiglia occorrano lire 300, la donna dovrà concorrervi con lire 100 soltanto, ossia colla proporzione del terzo, che è quella del suo patrimonio considerato di fronte a quello del marito (2). » Il Polacco, in una pregevole monografia, ha giustamente osservato che, nell'esempio addotto dal Paoli, la proporzione del contributo sarebbe di 75, e non di 100, a carico della moglie; di 225, e non di 200, a carico del marito; cioè, rispettivamente, di 1|4 e 3|4. E, veramente, per determinare la tangente rispettiva dei coniugi, si devono sommare assieme le loro sostanze (60,000+20,000=80,000), e caricare poi ciascun d'essi dei pesi matrimoniali, in quella precisa quota o misura, che il *suo speciale patrimonio* rappresenta rispetto alla *somma complessiva* dei due patrimoni. Infatti, dire che due persone devono contribuire ad una data spesa, *in proporzione dei loro patrimoni*, significa fare in modo che il

(1) Corte di Cassazione di Napoli; sentenza dei 9 marzo 1875; nella *Gazzetta del procuratore*, anno X, num. 11 (1.° maggio 1875).

(2) V. Paoli, *Del matrimonio rispetto ai beni*, num. 201; Torino, 1887.

quoziente dei due patrimoni, posti a raffronto, si riproduca tal quale nel quoziente dei due *contributi* pure raffrontati tra loro; che se, cioè, come nell'esempio addotto, un patrimonio è un terzo dell'altro, sia pure di un terzo il contributo ad esso incombente; ciò che si ha appunto nel secondo sistema, perchè la proporzione aritmetica vera è 60,000 : 20,000 = 225 : 75, e non già 60,000 : 20,000 = 200 : 100. Accettando il primo sistema, ne deriverebbe che l'un coniuge dovesse dare lo stesso contributo, sia quando il suo patrimonio eguaglia quello dell'altro, sia quando ne rappresenta la metà. Supposto che la moglie abbia lire 45,000, e lire 45,000 il marito, nessuno dubita che le spese familiari dovrebbero essere sostenute a giusta metà fra loro: 150 dunque per ciascuno. Pongasi ora che il marito abbia lire 60,000, e la moglie lire 30,000; ebbene, anche in questo secondo caso la moglie dovrebbe alla spesa totale di 300 contribuire con 150! Ciò non può ammettersi. I coniugi, giusta l'articolo 138, contribuiscono ai domestici bisogni *in proporzione delle loro sostanze*; la legge non dice, che contribuiscono *in proporzione della proporzione delle loro sostanze*. Se la legge avesse adoperata questa seconda formola, allora soltanto potrebbe accettarsi il sistema propugnato dal Paoli (1).

4.° *Amministrazione e godimento dei beni parafernali.*— Nell'antica giurisprudenza si faceva distinzione tra *bona paraphernalia* e *bona extra dotem*. Il Menochio, enucleando la teoria insegnata da non pochi giuristi, osservava che, in rapporto ai primi, *custodia et administratio mandata dicitur marito*; in rapporto ai secondi, *custodiam et administrationem non habet maritus, sed sola mulier, quae bona illa non tradidit marito, nec in domum intulit* (2). Statuisce il Codice: la moglie ritiene il dominio, l'amministrazione e il godimento dei suoi beni parafernali, e il marito non ha diritto di amministrarli nè di esigerne i crediti, se non ne ha da

(1) V. Polacco, *Sulla misura del contributo dei coniugi ai domestici bisogni, secondo gli art. 138, 1.° cap., 1423, 1426 Codice civile*; nella *Rivista italiana per le scienze giuridiche*, Vol. V, pag. 46; anno 1888.

(2) V. Menochio, *De praesumptionibus*, Lib. III, Praes. IX: *Fructus bonorum dotalium, paraphernalium et extra dotem, an et quando praesumatur mulierem ita concessisse marito, ut dicatur eos superlucratus*; Genevae, 1676.

essa il mandato, salve le disposizioni del capo IX, titolo V del libro primo (art. 1427). La moglie quindi amministra e gode i beni parafernali, mentre i beni dotali sono amministrati e goduti dal marito. Ma l'esistenza dei beni parafernali non toglie al marito quell'autorità che la legge ha creduto opportuno di concedergli pel buon governo della famiglia. Quindi, come è stabilito negli articoli 134 e 136, ove la moglie voglia donare, alienare beni immobili, sottoporli ad ipoteca, contrarre mutui, cedere o riscuotere capitali, costituirsi sicurtà, transigere o stare in giudizio relativamente a tali atti, ha bisogno dell'autorizzazione del marito o di quella dell'autorità giudiziaria; salvi i casi indicati nell'articolo 135, nei quali non ha d'uopo di alcuna autorizzazione. In Francia, nella maggior parte dei paesi di Diritto scritto, la moglie era sciolta del tutto dall'autorità del marito pei beni parafernali, che poteva anche vendere e donare: *elle est dame de ses droits*, diceva Guy-Coquille. Il nostro Codice, con savio consiglio, non riproduceva questo sistema.

La moglie ha diritto di amministrare i beni parafernali. Ma accade sovente che essa, seguendo i moniti degli imp. Teodosio e Valentiniano, ne confida la gestione al marito, cui *seipsam commisit*. La moglie, *absorbée par les soins du ménage, ou fatiguée d'une administration à laquelle elle se sent inhabile* (1), non usa del diritto che le concede la legge. Cicerone, nella seconda orazione *in Verrem*, accenna ad una moglie che esercitava le facoltà ammesse a suo favore circa i beni parafernali: « Uxoris esse fundum, eam ipsam sua negotia gerere, ipsam locavisse. » Ma anche ai tempi di Cicerone abitualmente si avverava il fatto dianzi enunciato, che al marito era confidata la gestione dei beni parafernali (2). Il mandato conferito al marito può essere espresso o tacito. Nel sistema del Codice, se la moglie costituisce il marito procuratore ad amministrare i suoi beni parafernali, a condizione che renda conto dei frutti, egli è obbligato verso la medesima come qualunque altro procuratore (art. 1428). Se il marito ha goduto i beni parafernali della moglie senza

(1) V. Baudry-Lacantinerie, *Précis de droit civil*, Vol. III, numero 339; Paris, 1892.

(2) V. Maynz, *Cours de droit romain*, Vol. III, § 315; Bruxelles, 1877.

procura ma senza opposizione per parte di essa, od anche con procura ma senza condizione di render conto dei frutti, egli o i suoi eredi, alla prima domanda della moglie od allo scioglimento del matrimonio, non sono tenuti che a consegnare i frutti esistenti, senza obbligo di rendere quelli già consumati (art. 1429).

Il mandato conferito dalla moglie può contenere la clausola, che il marito renderà conto dei frutti, ed allora il marito dovrà conformarsi a questa obbligazione, come qualsivoglia altro mandatario. « Quelque confiance, que la femme ait mise en lui, elle veut voir clair dans ses revenus; elle n'en veut rien perdre (1). » Se il mandato serba silenzio intorno alla condizione di render conto dei frutti, il marito non vi è obbligato. È questa una derogazione notevolissima alle regole ordinarie del mandato, secondo le quali ogni mandatario è tenuto a render conto. Ma questa eccezione, diremo col Troplong, si spiega per la situazione delle parti, per la comunanza d'interessi e per l'intimità dei loro rapporti. Se il marito non ha un mandato espresso, può avere un mandato tacito. Le conseguenze di questo mandato tacito sono le stesse di quelle che derivano da un mandato espresso, nel quale nulla sia detto circa la condizione di render conto dei frutti. Questa dottrina si fonda sul testo chiarissimo delle disposizioni del Codice.

Ha ritenuto la Cassazione di Torino, che, in forza dell'articolo 1429 del Codice civile, il marito il quale, senza procura, ma senza opposizione della moglie, ha goduto i beni parafernali di lei, ha obbligo di rappresentare i frutti esistenti al tempo della prima domanda o dello scioglimento del matrimonio, non mai i frutti consumati; e ciò senza distinguere, se il marito abbia o no erogato questi ultimi a beneficio della famiglia, se abbiali, o no, convertiti in suoi usi particolari, se siasi, o no, con essi locupletato (2). Questa teoria non era seguìta nell'antica giurisprudenza. Decideva la Ruota Romana: « Administratio extradotalium spectat ad uxorem, non ad maritum. Maritus tamen lucratur fructus

(1) V. Troplong, *Contrat de mariage*, num. 3706; Paris, 1843.

(2) Corte di Cassazione di Torino; sentenza dei 16 gennaio 1868; negli *Annali della giurisprudenza italiana*, anno 1868, parte I, pagina 30.

bonorum extradotalium, si fructus, de voluntate uxoris percepti, fuerunt consumpti in ejus utilitatem, vel in communes usus et ad honorem matrimonii ; secus quando adhuc extant, et *maritus fuit effectus locupletior*, quo casu sunt restituendi uxori, vel ejus haeredibus (1). » Ed il card. de Luca, dopo determinati i casi nei quali il marito deve restituire soltanto *fructus extantes*, soggiungeva: « Extare dicuntur, si bona ex illis comparata sint, seu viri debita extincta, seu alias essent versi in utilitatem, adeo ut excludatur praesumptio consumptionis in promiscuos usus (2). » Ma la teoria accolta dal Supremo Collegio di Torino è ineluttabile nel sistema del Codice.

Ha deciso la stessa Cassazione di Torino, che la parola *frutti*, usata genericamente dall'articolo 1429 del Codice civile, comprende tanto i frutti naturali che i frutti civili; la disposizione del Codice si applica alle rendite dovute tanto dai terzi che dal marito. In entrambe le ipotesi milita: « non solo la lettera, ma la ragione della legge, fondata sulla presunzione ivi stabilita, che nel caso previsto dall'articolo 1429 le rendite stradotali, ossia frutti parafernali di qualsivoglia specie, siano stati goduti e consumati insieme ed in comune dai coniugi, od altrimenti convertiti ad uso od utilità della famiglia, con non dissenso o tacita annuenza della moglie stessa (3). »

Se il marito, non ostante l'opposizione della moglie, fatta con atto anche stragiudiziale, ha goduto dei beni parafernali, egli o i suoi eredi sono tenuti a rendere conto alla medesima dei frutti esistenti e dei consumati (art. 1430). Quando il marito gode i beni parafernali, non ostante l' opposizione della moglie, egli è possessore di mala fede. Egli o i suoi eredi son dunque obbligati a render conto e dei frutti esistenti e dei consumati, senza alcuna distinzione. Per constatare l'opposizione della moglie, la legge si contenta anche

(1) Ruota Romana ; decisione dei 23 aprile 1643 ; V. *Sacrae Rotae Romanae Decisionum recentiorum*, Pars IX, Vol. I, num. 176; Venetiis, 1716.

(2) V. De Luca, *De dote et lucris dotalibus*, Disc. 168, num. 23 ; Venetiis, 1726.

(3) Corte di Cassazione di Torino ; sentenza dei 16 marzo 1880 ; nella *Legge*, anno XX, Vol. I, pag. 746.

di un atto stragiudiziale; e ragionevolmente. Non bisogna, osserva il Troplong, inasprire le relazioni matrimoniali ed attizzare fra gli sposi la face della discordia. Ogni prova scritta, che renderà testimonianza indubitata della resistenza della moglie e della usurpazione del marito, deve essere presa in considerazione.

Il marito che gode i beni parafernali è tenuto a tutte le obbligazioni dell'usufruttuario (art. 1431). Questo articolo riproduce, riguardo ai beni parafernali, i principî della risponsabilità imposta al marito, nell'articolo 1408, per quanto concerne i beni dotali.

Le disposizioni degli articoli 1428, 1429, 1430 e 1431 si applicano al caso in cui la moglie ha avuto l'amministrazione e il godimento dei beni del marito (art. 1432). L'ipotesi figurata in questo articolo è molto più rara a verificarsi di quella del marito che amministra e gode i beni parafernali della moglie. Tuttavia, potendosi avverare, era giusto che la legge per l'amministrazione e pel godimento dei beni di un coniuge avesse applicate le medesime norme stabilite per l'amministrazione e pel godimento dei beni dell'altro.

IV.

Della comunione dei beni tra coniugi.

Bibliografia. — 1.° Wesel, *Tractatus de connubiali bonorum societate* (Amst. 1701); — 2.° Lebrun, *Traité de la communauté entre mari et femme, avec un traité des communautés tacites* (Paris, 1754);— 3.° Pothier, *Traité de la communauté* (Paris, 1770); — 4.° Scherer, *Die verworrene Lehre der ehelichen Gutergemeinschaft systematisch bearbeitet* (Manheim, 1800); — 5.° Tardif, *De la communauté de biens entre époux* (Paris, 1850); — 6.° Olivecrona, *Précis historique de l'origine et du développement de la communauté des biens entre époux* (Paris, 1865); — 7.° Paoli, *La dote, i beni parafernali e la comunione dei coniugi* (Genova, 1877);— 8.° Cardaillac, *Origine et développement du régime de la communauté des biens entre époux* (Paris, 1887); — 9.° Mérignhac, *Traité du régime de communauté* (Paris, 1894).

Abbiamo da un frammento di Scevola, conservatoci nelle Pandette: « Qui societatem omnium bonorum suorum cum

uxore sua per annos amplius quadraginta habuit, testamento eandem uxorem et nepotem ex filio, aequis partibus heredes instituit. » (L. 16, § 3, D. *de alimentis vel cibariis legatis*). Di qui si trae, che non era ignota ai Romani la comunione dei beni tra coniugi. Essa però costituiva una eccezione rarissima; la regola era il sistema dotale, che mostravasi grandemente acconcio al duplice scopo, di garantire saldamente i beni della moglie e di rinvigorire l'autorità del marito. Or niuno ignora quanto fossero a cuore dei Romani la podestà maritale e la sicurezza della dote.

Le province francesi governate dal Diritto scritto seguivano, in generale, i principî del giure romano, secondo i quali i beni tutti della moglie dividevansi in dotali e parafernali; e non si ammetteva tra coniugi comunione di beni, quando non era stabilita da apposita convenzione. « En la France, qui est gouvernée par le droit escrit des Romains, il n'y a communauté de biens entre homme et femme mariés (1). » Invece, nelle province consuetudinarie formavasi tra i coniugi, pel solo fatto del matrimonio, una comunione o società di beni, l'estensione e gli effetti della quale non erano però regolati in modo uniforme da tutte le consuetudini. Tale comunione ha un'origine puramente germanica. Essa attecchì profondamente in molti paesi nei mezzi tempi, quando dominava sovrano lo spirito di associazione. E niuna associazione si reputò più legittima e ragionevole di quella che formavasi tra coniugi; costoro, pel solo fatto del matrimonio, tutto mettevano in comune, le loro braccia, le loro fatiche, le loro economie. Espressione di bisogni vivamente sentiti, in un'età nella quale lo scompaginamento della società rendeva necessario l'aggrupparsi, il collegarsi in classi, per resistere alla forza scompagnata dal diritto, il sistema della comunione dal tugurio del povero e dalla capanna dell'agricoltore passò nei palagi dei magnati. I monumenti storici, che ci restano dell'età medio-evale, luminosamente provano questo fatto. In alcuni paesi il sistema della comunione imperò a costa del sistema dotale; in altri lo escluse del tutto, come avvenne appunto nelle province consuetudinarie della Francia. In Ispagna, sotto il nome di *gananciales*, si riconobbe la comunio-

(1) V. Guy-Coquille, *Questions sur différens points de coutumes*, Quest. LXIV; Bordeaux, 1703.

ne dei mobili e degli acquisti. Nella Sardegna riconoscevasi, oltre il sistema dotale (*a dodas*), il sistema della comunione secondo il Diritto sardo (*a modo sardiscu*), giusta il quale i beni acquistati durante il matrimonio diventavano comuni fra i coniugi. In molti paesi della Germania era ammessa la comunione universale dei beni tra coniugi , ed esprimevasi coll'adagio: *Wann die Decke uber den Kopf ist, sind die Eheleute gleich reich* (tosto che la coperta è sul capo, gli sposi diventano egualmente ricchi) (1).

In Francia, quando si discusse il Codice civile, vi fu una lotta vivissima , nella quale presero parte , fra gli altri , il Treilhard, il Malleville , il Tronchet ed il Portalis. Chi , in nome delle province del Nord, domandava che la comunione dei beni, inerente di pieno diritto alla celebrazione del matrimonio, fosse estesa alle province del mezzogiorno. Chi, in nome di queste, reclamava perchè il sistema dotale non fosse soppresso: quel sistema che formava parte delle abitudini inveterate delle province meridionali della Francia. Fu necessario venire ad una transazione. Il Codice ritenne il sistema consuetudinario come sistema comune, autorizzando nondimeno il sistema dotale, in omaggio alla libertà delle parti.

Notava il relatore della Commissione Senatoria: « La comunione dei beni tra coniugi, importata nella Penisola dalla dominazione francese, ebbe ad incontrare insuperabili repugnanze, ed i costumi più forti delle leggi riabilitarono tosto il regime dotale. » Egli è perciò che il Codice italiano assegna l'ultimo luogo a questo sistema , che sottopone a gravissime modificazioni, di cui viene esposta la ragione nella *Relazione ministeriale* del Pisanelli: « La legge non stabilisce la comunione di beni fra i coniugi, ma ne permette la stipulazione; e non già per la comunione universale dei beni, ma soltanto per quella degli utili. Non possono quindi venir compresi nella comunione, nè l'attivo e passivo degli sposi

---

(1) Notava il Montesquieu: « La communauté des biens introduite par les lois françaises entre le mari et la femme, est très convenable dans le gouvernement monarchique; parce qu'elle intéresse les femmes aux affaires domestiques, et les rappelle comme malgré elles au soin de leur maison. Elle l'est moins dans la république, où les femmes ont plus de vertu. » *De l'esprit des lois,* Lib. VII, Cap. XV; Sarrebruck, 1792.

al tempo del contratto, nè quello che fosse loro devoluto per successione o donazione durante il matrimonio; ma il solo godimento dei loro beni cadrà nella comunione. Il suo effetto sarà di rendere comuni e divisibili gli acquisti fatti dai coniugi unitamente o separatamente, quando siano derivati dall'industria comune o dai risparmi fatti sui frutti dei beni posti in comunione. L'accennata limitazione poggia sopra un principio d'ordine morale. Il regime francese della comunione è straniero alle costumanze italiane. Se nondimeno è in qualche caso stipulato, ciò avviene, non nell'interesse reciproco dei coniugi, ma soltanto a vantaggio di uno di essi. Sarà un gioco, nel quale una delle parti ha tutto a guadagnare, nulla a perdere; e l'altra, tutto a perdere, nulla a guadagnare. Il contratto di matrimonio si cambia in un'anticipata successione. Se, per ragione di età, uno degli sposi vuol gratificare l'altro, ciò può fare con una donazione espressa; ma non deve esser lecito di palliare la donazione sotto forma di un contratto commutativo, che può recare grave danno alla prole di un precedente matrimonio. Riguardo all'amministrazione della comunione, allo scioglimento e alla ricostituzione di essa, al diritto di rinunziarvi nella moglie o nei suoi eredi, furono riprodotte le norme stabilite dal Codice francese, colle modificazioni apportatevi dal Codice delle Due Sicilie e dal Sardo. »

Teofilo Huc censura l'ordinamento del sistema della comunione stabilito dal Codice italiano. Perchè inceppare la libertà delle parti, perchè impedire agli sposi di far entrare, se lo vogliono, nella comunione, la proprietà dei beni presenti e futuri? Quale interesse politico od economico consigliava la restrizione della libertà dei contraenti? Si dirà che la comunione è antipatica agli Italiani, e che le loro abitudini resistono a un tale sistema? « Nous le croyons volentiers; mais raison de plus pour laisser les rares personnes qui voudront adopter le régime de la communauté libres de l'organiser au gré de leurs désirs (1). » Ed il Laurent osservava allo stesso modo: « A mon avis, le législateur italien s'est trompé en prohibant la communauté universelle; car c'est ce régime qui réalise le mieux l'idéal du mariage, l'union

(1) V. Huc, *Le Code civil italien et le Code Napoléon,* Parte III, § 8, IV; Paris, 1868.

des âmes (1). » A queste censure si trova una risposta convincente nelle dichiarazioni del Pisanelli, da noi superiormente riferite. Ma non sarà inutile di aggiungere le sapienti considerazioni di un illustre giureconsulto italiano, del Forti: « In fin dei conti il sistema della comunione è egli poi migliore del sistema dotale? Facciamo il confronto. Nel sistema dotale le donne concorrono coi frutti della dote a sostenere gli oneri del matrimonio, ma godono piena sicurezza della conservazione della dote. Se oltre la dote possiedono dei beni in proprio, di questi godono pienamente senzachè alcuno vi possa pretendere. Se sono industriali, se sono capaci di tenere una ragione mercantile, niuno ne toglie loro il profitto, ed invece di vederselo prendere da chi può avere interesse a convertirlo in utile proprio, lo possono da sè amministrare, lo possono godere; e la suprema vigilanza che sugli atti esercita il magistrato le guarentisce dalle tristi conseguenze, alle quali potrebbero essere trascinate dalla naturale debolezza del sesso. Così nel nostro sistema, e contribuiscono per giusta parte alle spese di famiglia, e godono dei propri averi particolari, e sono messe al sicuro dagli effetti della cattiva amministrazione del marito o della sua mala fede, non meno che dagli effetti della propria imprudenza. Nel sistema della comunione, ognuno converrà che il marito abbia facilmente modo di abusare della sua amministrazione. E quando il mezzo di abusare è facile, non è da credere che manchino gli abusi. Ma dirassi: *l'idea della comunione fomenta l'unione coniugale.* Dove le partite fossero uguali, ammetteremmo facilmente codesto discorso; ma dove uno fa tutto, e l'altro non può fare che rassegnarsi, mal mi so adattare a concepire un mezzo di buona armonia. Per me credo, che a favorire l'accordo degli animi convenga togliere la collisione degli interessi. Il che si opera, procurando che ognuno abbia il suo, e non confondendo gl'interessi di due persone, per farli maneggiare da uno solo che sia futuro padrone. Ciò nondimeno una consuetudine di molti popoli si vuole rispettare, e qui basta avere avvertito, che, discorrendo teoricamente, non sembra tal cosa da doversi desiderare, come un puro perfezionamento legislativo (2). »

(1) V. Laurent, *Droit civil international,* Vol. V, num. 230.

(2) V. Forti, *Della dote,* § 398; nei *Trattati inediti di giurisprudenza,* Firenze, 1864.

Il Paoli, così preciso nella esposizione dommatica del Codice, per quanto si attiene alla teoria della comunione dei beni tra coniugi, dichiara: « Noi saremo brevissimi nel trattare di siffatto instituto giuridico, che raramente o quasi mai è ricevuto nei nostri contratti matrimoniali; e ci restringeremo ad esporre succintamente e per modo di ordinato riassunto le disposizioni del Codice che lo concernono (1). » Per la stessa ragione, noi ci limiteremo a riferire il testo degli articoli del Codice.

Non è permesso agli sposi di contrarre altra comunione universale dei beni, fuorchè quella degli utili; questa comunione può essere pattuita, quantunque vi sia costituzione dotale. Tale convenzione debb'essere fatta nel contratto di matrimonio, e non può stipularsi che abbia principio in un tempo diverso da quello della celebrazione del matrimonio (art. 1433). Gli sposi possono stabilire patti speciali per siffatta comunione, alla quale, in mancanza, sono applicabili le disposizioni contenute nel titolo *Della società.* In tutti i casi però si osserveranno le disposizioni seguenti (art. 1434).

Non possono essere compresi nella comunione nè l'attivo e passivo presente de' coniugi, nè quello che venisse loro devoluto per successione o donazione durante la comunione; ma il godimento de' beni sì mobili come immobili, presenti e futuri dei coniugi cade nella comunione (art. 1435).

L'effetto di questa comunione è di rendere comuni e divisibili gli acquisti fatti da' coniugi unitamente o separatamente durante la comunione, siano essi derivati dall' industria comune o da risparmi fatti sui frutti o sulle entrate de' coniugi, detratti però sempre i debiti della stessa comunione (art. 1436).

Si farà dagli sposi, prima del matrimonio, una descrizione autentica de' loro beni mobili presenti, ed eguale descrizione sarà pur fatta dei beni mobili che venissero loro a devolversi durante la comunione. In mancanza di tale descrizione o di altro titolo autentico, i beni mobili sono considerati come acquisti della comunione (art. 1437).

Il marito solo può amministrare i beni della comunione, e stare in giudizio per le azioni risguardanti la medesima;

(1) V. Paoli, *La dote, i beni parafernali e la comunione dei coniugi,* § 172; Genova, 1877.

ma non può, salvo che a titolo oneroso, alienare o ipotecare i beni, la cui proprietà cade nella comunione (art. 1438).

Alle locazioni fatte dal marito dei beni della moglie, il godimento de' quali cade nella comunione, sono applicabili le regole stabilite per le locazioni fatte dall' usufruttuario (art. 1439).

Il patto, col quale si stabilisce che i coniugi parteciperanno in parti disuguali negli utili, ovvero che il sopravvivente preleverà su di essi una porzione, non è riguardato come una liberalità soggetta alle regole delle donazioni, nè per la sostanza nè per la forma. Non può tuttavia stipularsi, che uno dei coniugi debba contribuire nel passivo una maggior parte di quella che fosse per avere nell'attivo della comunione (art. 1440).

La comunione non si può sciogliere che per la morte di uno dei coniugi, per l'assenza dichiarata, per la separazione personale definitiva e per la separazione giudiziale de' beni (art. 1441). La separazione giudiziale de' beni non può pronunziarsi che in caso di cattiva amministrazione della comunione, o quando il disordine degli affari del marito metta in pericolo gli interessi della moglie. A siffatta separazione sono applicabili le disposizioni degli articoli 1418, 1420 e 1421 (art. 1442).

Se, sciolta la comunione, i coniugi vogliono ristabilirla, possono ciò fare con un atto pubblico. In questo caso la comunione riprende il suo effetto, come se la separazione non avesse avuto luogo, senza pregiudizio delle ragioni acquistate dai terzi durante la separazione. È nulla qualunque convenzione, colla quale si rinnovasse la comunione con patti diversi da quelli con cui era anteriormente regolata (art. 1443).

Dopo lo scioglimento della comunione, la moglie od i suoi eredi hanno sempre la facoltà di rinunziare alla comunione o di accettarla col benefizio dell'inventario, uniformandosi a quanto viene stabilito per le rinunzie alle eredità, o per l'accettazione delle medesime col benefizio dell'inventario, nel capo *Delle disposizioni comuni alle successioni,* ecc., e sotto le pene ivi comminate (art. 1444).

Nella divisione della comunione i coniugi od i loro eredi, ed anche in caso di rinunzia od accettazione col benefizio dell' inventario, la moglie od i suoi eredi possono sempre, non ostante la disposizione dell' articolo 1437, prelevare le cose

mobili, che possono provare con tutti i mezzi autorizzati dalla legge avere loro appartenuto prima della comunione, o essere loro devolute durante la medesima a titolo di successione o donazione. La moglie od i suoi figli eredi possono valersi della prova testimoniale, qualora si tratti di cose ad essa devolute a titolo di successione o donazione, qualunque ne sia il valore. La moglie od i suoi eredi possono anche ripetere il valore delle cose mobili spettanti ad essa ed escluse dalla comunione, ma che non si trovassero più in natura al tempo della divisione, e possono in tal caso provare anche per notorietà il valore delle dette cose (art. 1445).

Il prelevamento autorizzato dall'articolo precedente non può farsi a pregiudizio de'terzi, che, in mancanza di descrizione o di altro titolo autentico di proprietà, avessero contrattato col marito, quale amministratore della comunione, salvo alla moglie o ai suoi eredi il regresso sulla porzione della comunione spettante al marito, ed anche sui beni di lui particolari (art. 1446).

147. Della vendita.

Bibliografia.—1.° Pulvaei, *De rei alienae distractione* (Venetiis, 1585);—2.° De Luca, *De emptione et venditione* (Venetiis, 1726); — 3.° De Guzman, *Tractatus de evictionibus* (Coloniae, 1736); — 4.° Cuiacio, *Beneficium L. 2 Cod. de rescindenda venditione male porrigi ad emptorem* (*Observationum et emendationum*, Lib. XVI, Cap. XVIII, Neapoli, 1758); — 5.° Schorch, *Progr. de conventione, ne venditor emtori de evictione teneatur* (Erf. 1759);—6.° Wernher, *De laesione enormi contractus, et in primis venditiones rescindente* (Erlangen, 1762);—7.° Pothier, *Traité du contrat de vente et des retraits* (Paris, 1772);—8.° Mann, *De obligatione auctorum intuitu evictionis imminentis* (Halae, 1776);—9.° Aubertin, *De evictionibus* (Argentorati, 1777);—10.° Gehler, *De laesione emtoris ultra dimidium recte computanda* (Lipsiae, 1777); — 11.° Berthelot, *Traité des évictions et garantie formelle* (Paris, 1781);—12.° Lienau, *De natura ac indole actionis quae ob laesionem enormem conceditur* (Goett. 1782);—13.° Aschen, *Dissertatio de praescriptione redhibitionis* (Goett. 1786); — 14.° Dietz, *De electivo concursu actionis redhibitoriae cum actione quanti minoris* (Giessae, 1789);—15.° Gensler, *De emtione venditione, quae fit ad mensuram, ad numerationem pondusve, vel ad gustum, capita nonnulla scrutans* (Jenae, 1814);—16.° La-

venas, *Nouveau manuel des vices redhibitoires des animaux domestiques* (Paris, 1838); — 17.° Vaney, *De la vente* (Paris, 1849); — 18.° Batailh, *De la garantie en cas d'éviction* (Paris, 1855); — 19.° Planterose, *De la garantie dans la vente* (Paris, 1856); — 20.° Troplong, *De la vente* (Paris, 1856, 5.ª ediz.); — 21.° Folleville, *De la garantie en matière de vente* (Caen, 1864); — 22.° Ligeoix, *De la garantie de l'éviction dans la vente* (Poitiers, 1865); — 23.° Labbé, *De l'éviction et de la garantie en matière de vente* (Paris, 1866); — 24.° Corbet, *De la garantie en cas d'éviction dans la vente* (Paris, 1867); — 25.° Dancongnée, *De l'éviction et de la garantie dans la vente* (Paris, 1867); — 26.° Dugros, *De la garantie contre l'éviction en matière de vente* (Toulouse, 1870); — 27.° Pedrazzi, *Del prezzo nel contratto di compra e vendita* (nell'*Archivio giuridico*, Vol. VIII, anno 1871); — 28.° Bellencontre, *De la vente de la chose d'autrui* (Caen, 1872); — 29.° Pescatore, *Vendita della cosa altrui: in qual senso altra volta si diceva valida, ed ora si dichiara nulla* (nella Raccolta *Filosofia e dottrine giuridiche*, Vol. I, Torino, 1874; — 30.° Chastellain, *De la garantie en cas d'éviction dans la vente* (Paris, 1875); — 31.° Sourdat, *De la garantie dans l'éviction de la vente* (Caen, 1875); — 32.° Laffon, *De la rescision de la vente pour cause de lésion* (Paris, 1876) — 33.° Olivi, *Della tradizione degli immobili e dei suoi effetti nel contratto di compravendita* (nell'*Archivio giuridico*, Vol. XVI, anno 1876); — 34.° Re, *Trattato sulla compra e vendita secondo il Codice civile italiano* (Roma, 1877); — 35.° Ercolani, *Delle azioni edilizie nella contrattazione del bestiame destinato per l'agricoltura, dei vizi redibitori e della straniera legislazione relativa a zooiatria legale; con commento agli articoli 1498-1506 del Codice civile* (Firenze, 1877); — 36.° Altobello, *Il riscatto di un fondo costituisce una seconda vendita, o è l'esercizio della pattuita condizione risolutiva?* (nella *Gazzetta dei tribunali*, anno XXIX, num. 2914; 25 marzo 1878); — 37.° Cordoën, *De l'obligation de garantie en cas d'éviction* (Paris, 1878); — 38.° Pescatore, *Commento all'articolo 1458 del Codice civile* (nella Raccolta *Filosofia e dottrine giuridiche*, Vol. II, Torino, 1879); — 39.° Bertolini, *Al deliberatario evitto spetta la ripetizione del prezzo verso i creditori pagati?* (nel *Monitore dei tribunali*, anno 1880, pag. 889 e seg.); — 40.° Lattes, *La vendita della cosa altrui; studio sull'articolo 1459 del Codice civile italiano* (Venezia, 1880); — 41.° Henriquet, *De la rescision de la vente pour cause de lésion* (Paris, 1881); — 42.° Pacifici-Mazzoni, *Trattato della vendita* (Firenze, 1882); — 43.° Chancel, *Étude sur la vente de la chose*

d' autrui (Montpellier, 1883); — 44.° Dumaine, *De la garantie de l'éviction en matière de vente* (Paris, 1883); — 45.° Bisson, *Dation en paiement* (Paris, 1885); — 46.° Chéne-Varin, *Des vices rédhibitoires chez les animaux domestiques* (Paris, 1885);—47.° Boggio, *Della evizione negli atti traslativi di diritti in materia civile, e specialmente nella vendita* (Torino, 1886); — 48.° Bianchi (Ferd.), *Garanzia di evizione nelle espropriazioni forzate* (Siena, 1887); — 49.° Cianchi, *Saggio teorico-pratico dei vizi redibitori nelle contrattazioni degli animali secondo la vigente legislazione* (Siena, 1887); — 50.° Polacco, *Garanzia di evizione nelle espropriazioni forzate* (Milano, 1887);—51.° Polacco, *Della dazione in pagamento* (Padova, 1888);—52.° Lacoste, *De la vente à réméré* (Paris, 1888);— 53.° Vitali, *Evizione e garanzia per causa di servitù passiva* (Piacenza, 1889); — 54.° Mirabelli, *Il compratore all' asta, in caso di evizione, non ha diritto a farsi restituire il prezzo dai creditori, ai quali lo ha pagato in virtù della nota di collocazione* (nella Raccolta *Del diritto dei terzi secondo il Codice civile italiano,* Vol. I, Torino, 1889); — 55.° Mirabelli, *Garenzie date dal Codice civile al venditore pel pagamento del prezzo della vendita, e come le medesime si sieno conciliate coll'interesse dei terzi aventi diritto sull' immobile venduto, o che si propongono di acquistarlo* (nella Raccolta *Del diritto dei terzi secondo il Codice civile italiano*, Vol. I, Torino, 1889); — 56.° Ferrara, *Della consegna della cosa in tutta la sua quantità nel contratto di vendita* (Firenze, 1890); — 57.° Le Pelletier, *Manuel des vices rédhibitoires des animaux domestiques* (Paris, 1891);—58.° Cuturi, *Della vendita* (Napoli, 1891); — 59.° Biermann, *Traditio ficta* (Stuttgart, 1891); — 60.° Guittet, *Des vices rédhibitoires dans les ventes et échanges d'animaux domestiques* (Angers, 1892); — 61.° Laurenti, *La promessa di vendita sinallagmatica nel nostro Diritto* (nell'*Antologia giuridica,* Vol. VI, pag. 473 e seg., anno 1892); — 62.° Sraffa, *La vendita di cosa altrui nel Diritto commerciale italiano* (nella *Rivista sannitica*, anno 1892, pag. 1 e seg.); — 63.° Roussel, *De la vente de la chose d'autrui* (Havre, 1893); — 64.° Ferrini, *Sull'origine del contratto di vendita in Roma* (Modena, 1893);—65.° Magri, *La redibizione nella compra-vendita e permuta degli animali domestici in ordine al nostro Codice civile* (Borgo S. Lorenzo, 1893); — 66.° Gallier, *Traité des règles de la garantie dans les ventes d'animaux* (Paris, 1894);—67.° André, *Traité pratique des ventes d'immeubles* (Paris, 1894).

Il contratto di vendita, come è il più frequente tra le civili transazioni, così è il più potente strumento del movimento libero della proprietà. Così dichiarava il relatore della Commissione Senatoria. Notava in proposito il card. de Luca: « Omnium humanorum actuum, frequentior iste est emptionis et venditionis, utpote humano usui et commercio magis necessarius, adeout juri gentium potius quam positivo referatur (1). » Il Duareno, dalla frequenza del contratto di vendita, traeva la illazione, che l'interprete poteva astenersi dal presentare una definizione dialettica del contratto medesimo: « nemo enim est qui non intelligat quid sit emere, et quid sit vendere (2). » Questo contratto ravvicina gli uomini, mette i beni in circolazione; a costa del bisogno dà il modo di soddisfarlo; esso stabilisce l'equilibrio tra colui che ha troppo e colui che vuole acquistare ciò che non ha (3).

Quando si ha riguardo all'ordine cronologico, non può mettersi in dubbio che la vendita sia stata preceduta dalla permuta. Il giureconsulto Paolo lo notava espressamente in rapporto all'età antica; i monumenti dell'età di mezzo e le relazioni del Cook sui viaggi da lui fatti nei mari del Sud, attestano essersi ciò parimente verificato, e tuttora verificarsi presso i popoli che si trovano nelle identiche condizioni sociali. Vogliamo riferire il frammento di Paolo, insuperabile per chiarezza e precisione di concetti: « Origo emendi vendendique a permutationibus coepit. Olim enim non ita erat nummus: neque aliud *merx,* aliud *pretium* vocabatur: sed unusquisque, secundum necessitatem temporum ac rerum, utilibus inutilia permutabat, quando plerumque evenit, ut, quod alteri superest, alteri desit. Sed quia non semper, nec facile concurrebat, ut, cum tu haberes, quod ego desiderarem, invicem haberem, quod tu accipere velles, electa materia est, cujus publica ac perpetua aestimatio difficultatibus permutationum, aequalitate quantitatis subveniret: eaque materia, forma publica percussa, usum dominiumque non tam

(1) V. De Luca, *De emptione et venditione, Summa sive Compendium,* num. 1; Venetiis, 1726.

(2) V. Duareno, Comm. in tit. *de contrahenda emptione;* nelle *Opere,* Vol. II, pag. 188; Aureliae Allobrogum, 1608.

(3) V. Troplong, *De la vente,* num. 1; Paris, 1856, 5.ª ediz.

ex substantia praebet, quem ex quantitate: nec ultra *merx* utrumque, sed alterum *pretium* vocatur. » (L. 1, D. *de contrahenda emptione*). Il Davanzati, con molta eleganza, sviluppa il frammento di Paolo: « Il commerzio umano da prima fu baratto semplice di cose a cose; com'ancor oggi è tra quelle genti che non hanno cultura civile. Ma era malagevol sapere, a cui la cosa a te soverchia mancasse, o la mancante a te altrui soverchiasse; o traportar si potesse, o serbare, o sì spezzare, che ambi accomodasse. La necessità, de'modi ritrovatrice, prima insegnò elegger un luogo, dove molti da molte bande con lor robe traendo, s'accomodavan più agevolmente: e questa fu l'origine de' mercati e delle fiere. Aperse gli occhi questa comodità ad un'altra maggiore: che come s'era un luogo eletto, così poteva una cosa eleggersi; e farla valere per tutte l'altre; ed ogn'altra dare e ricevere per un tanto di lei; quasi mezzana, o fonte del valore universale delle cose, o separata sostanza e idea. Fu eletto il rame, dall'antichità molto adoperato, e da tutte le genti fu assunto a sì alto uficio per legge accordata. E così a cui una cosa avanzava, la dava per tanto rame quanto a quella era comparato, cioè stimato pari; e quello poscia dava per altra che gli mancasse, o veramente il serbava per le bisogne avvenire in poca casa, quasi mallevadore. E questa fu l'origine del vendere e del comparare, che *comperare* dissero i Toscani. La maraviglia poi dell'oro e dell'ariento fe dar loro il vanto. E spendevasi prima in pezzi rozzi, come venieno; poi com'alle cose trovate s'aggiugne, si venne al pesarlo, al segnarlo, al farne monete (1). »

L'articolo 1447 definisce la vendita in tal guisa: « La vendita è un contratto, per cui uno si obbliga a dare una cosa e l'altro a pagarne il prezzo. » Definizione la quale risponde a quella che ci presenta il Perezio: « Est emptio venditio contractus, quo merx vel res aliqua per mutuum con-

(1) V. Davanzati, *Lezione delle monete;* nelle *Opere,* Vol. II, pag. 437 a 457 (Firenze, 1853; ediz. annotata da Enrico Bindi). — Osserva il Galiani, nel trattato *Della moneta* (Lib. I, Cap. I; Napoli, 1750): « In tutti i paesi, che la moneta usano, è questa da tre metalli costituita; l'uno di grande, l'altro di mezzano, e il terzo di basso valore. L'oro e l'argento senza eccezione alcuna occupano da per tutto il primo e il secondo grado. Il terzo metallo ne' vari secoli è stato diverso. »

sensum pretio commutatur (1). » Il Diritto moderno chiama questo contratto col semplice nome di *vendita;* il Diritto romano lo chiamava *emptio-venditio.* L' Accarias osserva che l'espressione romana è più completa, imperciocchè ha il vantaggio « de faire ressortir la distinction des deux rôles que ce contrat suppose (2). » Questi *deux rôles,* cui accenna l'Accarias, si trovano designati chiaramente nel frammento di Paolo: « Et si quidem pecuniam dem, ut rem accipiam, emptio et venditio est. » (L. 5, § 1, D. *de praescriptis verbis*). È dell'essenza del contratto di vendita, che il venditore non voglia ritenere il diritto di proprietà della cosa; nel caso opposto, vi sarà locazione od altro contratto, ma non vendita (3). Come insegna il giureconsulto romano: « Nemo potest videri rem vendidisse de cujus dominio id agitur, ne ad emptorem transeat: sed aut locatio est, aut aliud genus contractus. » (L. 80, § ult. D. *de contrahenda emptione*).

Ma qui dobbiamo notare una grave differenza tra il Diritto romano e il Diritto moderno. Nel sistema del Diritto romano, il venditore non era obbligato a rendere il compratore proprietario della cosa. Ciò si ricava chiaramente dal frammento di Africano: « Hactenus tenetur (venditor) ut rem emptori habere liceat, *non etiam ut ejus faciat.* » (L. 30, § 1, D. *de actionibus empti et venditi*). In altre parole, avuto riguardo alla teoria romana, il venditore non era obbligato che a far tradizione della cosa venduta, ed a difendere il compratore dalle molestie che l'avessero turbato; ma egli non contraeva l'obbligazione precisa di trasferire al compratore il dominio della cosa che vendeva. Tizio vendeva un immobile di cui si credeva proprietario, ma che nel fatto non gli apparteneva; il compratore non poteva lamentarsi fino a che non era molestato dal vero proprietario; imperciocchè la vendita non obbligava Tizio ad investirlo della proprietà dell'immobile, ma soltanto a trasferirgli tutti i suoi diritti, ed a garantirlo in caso di evizione. Quando, in virtù di una clausola espressa, il venditore si obbligava a rendere il com-

---

(1) V. Perezio, *In Codicem*, Lib. IV, tit. XXXVIII, num. 1; Amstelaedami, 1761.

(2) V. Accarias, *Précis de Droit romain*, § 601; Paris, 1882.

(3) V. Pothier, *Traité du contrat de vente et des retraits*, num. 1; Paris, 1772.

pratore proprietario, era questa una stipulazione che esorbitava dal contratto di vendita; il contratto, anzi, non si qualificava più come vendita, ma veniva collocato nella classe dei contratti innominati. Era un'obbligazione *ob rem dati, re non secuta* (1).

A differenza di ciò che s'avverava in tema di vendita, nel sistema del Diritto romano, tanto nella *permutatio* che nella *datio in solutum*, le parti doveano rispettivamente rendersi proprietarie di ciò che si dava e di ciò che si riceveva. La ragione della differenza era questa. L'antico Diritto romano si tacque intorno alla *permutatio* ed alla *datio in solutum;* esse quindi conservarono la purezza delle idee naturali. Mentre lo stesso antico Diritto romano, adottando la vendita, dandole un nome legittimo, classificandola nel suo dizionario privilegiato, le comunicò qualche cosa delle sue idee ristrette, di cui la vendita non potè spogliarsi interamente neanche quando divenne un contratto del Diritto delle genti. Nel Diritto romano primitivo seguivasi la massima: *Uti lingua nuncupassit, ita jus esto.* Ora poichè nulla, nè nelle formole ordinarie, nè nella qualificazione del contratto di vendita, implicava precisamente l'obbligazione di trasferire la proprietà; siccome questo contratto aveva un significato reale ed uno scopo positivo, indipendentemente dalla necessità di rendere il compratore proprietario incommutevole, si pensò di mantenersi al di fuori di questa necessità, per non far dire alle parole ciò che esse non esprimevano direttamente.

Il Diritto moderno, con savio consiglio, si è allontanato dal Diritto romano su questo punto. Il venditore è tenuto a rendere il compratore proprietario della cosa venduta; principio eminentemente razionale, proprio di una legislazione civile. E, veramente, quando taluno compra, ha la intenzione di acquistare il dominio di una cosa. Adunque, è più razionale quella legislazione che obbliga il venditore a rendere proprietario il compratore. Il Diritto moderno ha questo merito che mancava al Diritto romano. A Roma, la convenzione era consumata colla tradizione della cosa e coll'obbligazione della garantìa. Il venditore non era tenuto al trasferimento della proprietà. Il compratore non turbato, ma nello stesso

(1) V. Troplong, *De la vente,* num. 4.

tempo sicuro che la cosa apparteneva ad un' altra persona, non poteva dolersi che il dominio della cosa non era stato a lui trasferito. Ora, con questo ordinamento della legge, non si raggiungeva che, in modo incompleto, lo scopo che le parti avevano avuto in mira nello stringere il rapporto giuridico. Senza dubbio, il compratore, nello stringere questo rapporto, non aveva ignorato quale sarebbe stata la sua condizione. La sua buona fede non era stata ingannata; egli aveva dovuto prevedere il pericolo al quale esponevasi. Ma la legge deve andare più oltre, osserva egregiamente il Troplong. « Son devoir est de ne pas tolérer des positions incertaines et périlleuses; et malheureusement le droit romain, loin de venir au secours de l'acheteur, l'obligait sans nécessité à ne pas sortir de son état d'inquiétude (1). » Il Diritto moderno, col ripudiare il sistema del Diritto romano, prestava ossequio ai dettami del Diritto razionale.

Tre sono gli elementi essenziali del contratto di vendita: il *consenso delle parti,* la *cosa* ed il *prezzo*. Dobbiamo parlare distintamente di ciascuno di essi.

I. Consenso. — Il consenso dei contraenti, ch'è dell'essenza del contratto di vendita, consiste nel concorso della volontà del venditore di vendere al compratore una tal cosa per un tal prezzo, e di quella del compratore di acquistare da lui la detta cosa per tale prezzo. Il consenso deve intervenire: 1.° sulla cosa che forma l'oggetto della vendita; 2.° sul prezzo; 3.° sulla vendita medesima.

1.° Il consenso deve intervenire sulla cosa che forma l' oggetto del contratto di vendita. Non vi ha dunque vera vendita, se l'uno crede di vendere una cosa, e l'altro di acquistare una cosa diversa. Come insegna Ulpiano: « Si ego me emere putarem fundum Cornelianum, tu mihi te vendere Sempronianum putasti, quia in *corpore* dissensimus, emptio nulla est. » (L. 9, princ. *de contrahenda emptione*). Parimente non ha luogo il contratto di vendita, se mi si venda un sacco di orzo che io prendo per grano. Sebbene siamo di accordo intorno al corpo che viene venduto, non conveniamo sulla materia che ne costituisce la sostanza, e per conseguenza non

(1) V. Troplong, *Réponse aux critiques de M. Valette sur mon Commentaire de la Vente;* nella *Revue de législation,* Vol. IV, serie 1.ª (anno 1841).

conveniamo propriamente sulla cosa venduta. « Nullam esse venditionem puto, quoties in materia erratur. » (L. 9, § 2, D. *Ibidem*). Quando l'errore si riferisce solo ad una qualità accidentale della cosa; ad esempio, se si vende un panno per buono, mentre è cattivo, un tale errore non toglie il consenso sulla cosa venduta, e per conseguenza ha luogo il contratto di vendita. « Si deterius fuerit quam emptor existimaret, tunc emptio valet. » (L. 10, D. *Ibidem*). A maggior ragione l'errore, il quale non cade che sul nome della cosa, non fa ostacolo al consenso richiesto nel contratto di vendita. « Nihil facit error nominis, cum de corpore constat. » (L. 9, § 1, D. *Ibidem*).

2.° Il consenso deve intervenire sul prezzo. Non vi ha dunque contratto di vendita, per mancanza di consenso, quando l'uno presume di vendere una cosa per una somma maggiore di quella per cui l'altro crede di comprare. All'opposto, se il compratore crede, per errore, di acquistare per una somma maggiore di quella per cui il venditore vuole vendere, il contratto di vendita vale per la somma voluta dal venditore; le parti hanno convenuto su questa somma, perchè essa è compresa nella somma maggiore per cui il compratore ha voluto acquistare. « Si tu vendas aureis quinque, ego aureis decem eam emtam putem, valitura esset venditio, non in decem, sed in quinque: quia venditori in quinque consentienti nulla fit injuria, et liberationi magis favendum, quam obligationi, ac in ambiguis id, quod minimum est, eligendum venit (1). » Questa teoria, incontroversa fra gli interpreti del Diritto romano, si deve accettare indubbiamente anche sotto l'impero del Diritto moderno.

3.° Infine, il consenso deve intervenire sulla vendita stessa, cioè a dire, uno fra i contraenti deve voler vendere, e l'altro deve voler comprare. Come insegna il giureconsulto romano: « Si in ipsa emptione dissentient, emptio imperfecta est. » (L. 9, princ. D. *de contrahenda emptione*). Il Pothier ha illustrato questo frammento colla sua chiarezza abituale. Se l'uno volesse vendere all'altro una casa per un dato prezzo, ad esempio per 9000 lire, e l'altro credesse soltanto di prenderla a pigione durante nove anni per la detta somma, in tal caso

---

(1) V. Voet, *Comm. ad Pandectas*, Lib. XVIII, tit. I, num. 5; Hagae-Comitum, 1731.

non vi sarebbe nè vendita, nè locazione, non essendovi verun consenso; l'uno ha voluto vendere, e l'altro non ha avuto la volontà di comprare, ma di prendere a pigione. Non si può dire, che quegli che ha voluto prendere a pigione la casa, sia stato disposto con più forte ragione a comprare pel medesimo prezzo; imperciocchè, ignorando che si volesse vendere, non ha potuto avere la volontà di comprare. È vero soltanto che avrebbe voluto comprare, se lo avesse saputo; ciò che è molto diverso dall'aver voluto effettivamente comprare. Questo errore non è lo stesso di quello di colui che crede di comprare per dieci scudi ciò che gli viene venduto per nove; quegli che vuole acquistare per dieci vuole effettivamente acquistare per nove, essendo il numero nove contenuto nel dieci (1).

Una convenzione stipulata, sotto forma di vendita, da coloro che non hanno l'intenzione seria e reale, l'uno di spogliarsi della proprietà di una cosa, l'altro di acquistarla, può essere efficace sotto altri rapporti, ma non costituisce punto una vendita. Così, la convenzione conosciuta sotto la denominazione di contratto *mohatra,* ed il contratto pignoratizio non costituiscono vendite, ma prestiti ad interesse (2). Uno scrittore italiano ci presenta questo concetto del *Moahtra:* « Paulus indigens pecunia petit ducatos centum a Mercatore, qui pro tanta summa ei dat tot ulnas panni ad vendendum. Paulus, non reperiens emptores, idem pannum vendit eidem Mercatori pretio Ducatorum octoginta. Quaeritur, quis contractus sit iste? Contractum hunc esse illum, qui Hispanice vocatur *Moahtra;* Italice, *Stocco;* Gallice, *Vente et revente;* aliisque vocabulis in diversis regionibus, *Porro* seu *Pellizza,* vel *Barrato,* omnes de Clero nostro scripsere (3). » E il Ducange fa notare in proposito: « *Moahtra,* vox portentosa qua significatur Contractus quo, inquit Escobarius, *quis egens pecunia emit pecunia credita a mercatore merces summo pretio, et statim ei pecunia numerata pretio infimo revendit.* Qui contractus divinis ac civilibus Legibus prohibetur (4). » Il

(1) V. Pothier, *Traité du contrat de vente*, num. 37.

(2) V. Zachariae, *Cours de droit civil,* Vol. I, § 349.

(3) V. Clericato, *Decisiones miscellaneae,* Decis. LXII; Venetiis, 1724.

(4) V. Ducange, *Glossarium ad scriptores mediae et infimae latinitatis*, Vol. IV, verb. *Moahtra;* Venetiis, 1739.

Moahtra ed il contratto pignoratizio erano frequenti nelle età passate, perchè il Diritto civile interdiceva qualunque interesse nel mutuo. I prestatori, non potendo apertamente ribellarsi contro il precetto della legge, studiavansi, per mezzo di coverte vie, di raggiungere il loro scopo: *in fraudem legis facit, qui salvis verbis legis, ejus sententiam circumvenit,* giusta il frammento di Paolo. Ai tempi nostri è consentita la stipulazione degli interessi nel mutuo; anzi, il Codice italiano permette, alla condizione che risulti da atto scritto, la stipulazione dell' interesse convenzionale eccedente, in qualunque proporzione, la misura legale (art. 1831). Ciò non ostante, anche oggi, coloro *che con misura nullo spendio* fecero, e domandano in prestito delle somme, spesse volte debbono subire le conseguenze pregiudizievoli del *Moahtra.* L'usuraio che ha promesso, ad esempio, diecimila lire, con interessi gravissimi, dice di non possedere la somma, e consegna invece degli oggetti che, secondo lui, ne rappresentano il valore. Per mezzo di persona interposta, ricompra immediatamente gli stessi oggetti, ad un prezzo di molto inferiore a quello per cui li ha dati al mutuatario, e così costui realmente non riceve che due o tre mila sulle diecimila lire che, oltre gl'interessi, si obbliga a restituire.

Sotto l'impero del Diritto intermedio, si agitavano, tra gli scrittori e nella giureprudenza, gravissime quistioni sugli effetti della *promessa di vendita.* Il card. de Luca, a questo riguardo, censurava il sistema di procedere per via di regole generali, *erroneum semper censui cum his generalitatibus procedere,* e consigliava di ricorrere invece *ad adeo frequenter, sed semper tamen opportune insinuatam sacram anchoram distinctionis casuum, vel effectuum;* solo in tal modo, ei conchiudeva, è possibile, *in hoc adeo procelloso legali oceano, ad veritatis et justitiae adeo obscurum ac incertum portum devenire* (1). Ed anche sotto l'impero del Diritto moderno, in questa materia si agitano importanti controversie. Insegnano gli scrittori, che non si può attribuire alcun effetto ad una promessa di vendita, fatta senza designazione del prezzo, e senza indicazione del modo a norma del quale deve essere determinato. Invece, la promessa di vendere una cosa, me-

(1) V. De Luca, *De emptione et venditione,* Disc. XLVIII, num. 4; Venetiis, 1726.

diante un prezzo determinato, equivale ad una vendita attuale, e ne produce tutti gli effetti, quando è stata accettata con promessa reciproca di comprare. Di qui deriva, che quando la promessa di vendere, equiparabile alla vendita, ha per oggetto un immobile, non può la medesima provarsi per via di testimoni; e soggiace al disposto dell'articolo 1314, in virtù del quale è condizione essenziale per la validità delle convenzioni, le quali trasferiscono la proprietà d'immobili, che siano fatte o con atto pubblico o per scrittura privata. Ci piace in proposito di riferire un pronunziato della Corte di Cassazione di Firenze: « Per il disposto dell'articolo 1314 Codice civile, è condizione indispensabile per la validità delle convenzioni, le quali trasferiscono proprietà d'immobili, che le medesime siano fatte o per atto pubblico, o per scrittura privata. Alla categoria delle convenzioni, che trasferiscono la proprietà degli immobili, appartiene la vendita dei medesimi, fino dal momento in cui la vendita è perfetta, vale a dire dal momento che il consenso delle parti si riunì sulla cosa e sul prezzo (art. 1448 C. C.). Alla vendita equivale la promessa di vendere, quando questa contiene tutti gli estremi che, secondo la legge, occorrono alla perfezione di quel contratto. Se la equiparazione sopra enunciata, che era massima incontroversa e costante nella giurisprudenza comune, e che formò subietto di un articolo di legge, sì nel Codice civile francese (art. 1589), come nel Codice civile albertino (art. 1595), non si trova ripetuta nel Codice civile italiano, ciò è da attribuirsi naturalmente alla riconosciuta inutilità che intorno alla massima stessa occorresse una speciale ed espressa disposizione legislativa. Ed, invero, il legislatore italiano dovette necessariamente considerare, che, o la promessa di vendere rimaneva nei confini di un semplice progetto, e non costituiva un proposito deciso e serio di contrattare *(animo contrahendae obligationis)*, ed allora mancava la ragione di qualsiasi disposizione intorno a cosa, donde non nasceva, nè poteva nascere alcun *vinculum juris;* o la promessa di vendere fatta da una delle parti, ed accettata dall'altra, conteneva tutti gli estremi, che sono essenziali a costituire la perfezione della vendita, ed allora a ciò provvedeva abbastanza l'art. 1448 del Codice civile, che dispone appunto intorno alla vendita perfetta. Ogni qualvolta, per le premesse considerazioni, ha da aversi come equiparata alla vendita la pro-

messa di vendere, che contiene reciproco consenso delle parti sulla cosa e sul prezzo, ne conseguita che tanto all'una come all'altra (dove abbiano per subietto una cosa immobile) deve applicarsi il sopra enunciato art. 1314 del Codice civile. Ed infatti il Codice civile albertino, il quale reputò opportuno di affermare legislativamente, all'articolo 1595, questa equiparazione: « La promessa di vendere equivale alla vendita, se esiste consenso reciproco delle parti sulla cosa e sul prezzo, » aggiunge subito in un alinea: « Quando si tratti di stabili, la promessa di vendita deve esser fatta per atto pubblico, come la vendita stessa. » Infine, è anco da considerarsi, che un concetto contrario aprirebbe una facile via alla violazione dell'art. 1314 del Codice civile; imperocchè basterebbe dare al contratto il titolo di *promessa di vendita,* piuttostochè quello di *vendita,* perchè le condizioni, richieste *sotto pena di nullità* da quell' articolo, non fossero più necessarie (1). »

Il Supremo Collegio di Firenze, col pronunziato dianzi riferito, prestava ossequio al precetto contenuto nel numero 1.° dell'art. 1314 del Codice civile; dove è statuito, che si debbono fare per atto pubblico o per scrittura privata, sotto pena di nullità, le convenzioni che trasferiscono proprietà d'immobili o di altri beni o diritti capaci d'ipoteca. In rapporto a tali convenzioni, il documento scritto è richiesto dalla legge, come più volte abbiamo osservato, *ut pars substantiae,* non già semplicemente *ut monumentum contractus.* Il Supremo Collegio di Torino decideva a tal riguardo, che la sentenza passata in giudicato, con cui si dichiara l'esistenza di una vendita verbale d'immobili, e l'esecuzione già datavi dalle parti, senza nulla statuire sulla sua validità, non può tener luogo dell'atto scritto necessario per l'efficacia di quella vendita. In ispecie, la sentenza passata in giudicato, che respinge come infondata la domanda di risoluzione della vendita verbale, per preteso mancato pagamento del prezzo, non è di ostacolo a che il venditore, adducendo il difetto dell'atto scritto, si faccia a rivendicare i beni verbalmente venduti, e già consegnati, soprattutto se la quistione della validità della vendita è stata da quella sentenza espressamente riservata,

(1) Corte di Cassazione di Firenze; sentenza dei 29 dicembre 1870; negli *Annali della giurisprudenza italiana,* anno 1870, parte I, pag. 401.

e dichiarata impregiudicata (1). Il nostro legislatore, con savio consiglio, nell'articolo 44 del vigente Codice di commercio, stabiliva: « Per le compre e le vendite dei beni immobili rimane ferma la disposizione dell'articolo 1314 del Codice civile. » La giurisprudenza, coi suoi pronunziati, si conforma al precetto della legge chiaramente manifestato.

Si collega alla teoria del *consenso* in tema di vendita l'esame dommatico degli articoli 1452 e 1453. Statuisce l'articolo 1452: « Quanto al vino, all'olio ed alle altre cose delle quali si usa di fare l'assaggio prima della compra, non vi è contratto di vendita finchè il compratore non le ha assaggiate, e riconosciute della qualità pattuita. » Come insegna il giureconsulto Paolo: « Alia causa est degustandi, alia metiendi: *gustus enim ad hoc proficit*, *ut improbare liceat;* mensura vero non eo proficit, ut aut plus, aut minus veneat, sed ut appareat, quantum ematur. » (L. 34, § 5, D. *de contrahenda emptione*). Nella ipotesi preveduta dall'articolo 1452, non si deve considerare la vendita come condizionale. La legge dice, che *non vi è contratto di vendita*, finchè il compratore non ha assaggiato e riconosciuto della qualità pattuita il vino e l'olio; e dicasi lo stesso dell'aceto, della birra e cose simili: *idem de rebus aliis degustari solitis judicium esto*, come osserva il Voet. Il consenso dato dal compratore prima dell'assaggio è dunque assolutamente inefficace, e non l'obbliga in maniera alcuna. Non si può neanche esigere ch'egli ne faccia l'assaggio, se non per costringerlo a dichiarare se egli voglia o pur no acconsentire alla vendita (2). Il compratore non è ligato sino a quando non abbia assaggiata la cosa e riconosciutala della qualità pattuita. Non si può dunque dire che la vendita sia condizionale; imperciocchè non v'ha vendita senza compratore, e come qui il compratore non è ligato, non resta che un contratto innominato ed unilaterale, il quale obbliga senza dubbio il venditore, perchè un'obbligazione è valida se è contratta sotto una condizione potestativa da parte di colui verso il quale taluno si obbliga, ma che non è una vera vendita, e che non diverrà tale se non dopo che il compratore avrà dichiarato il suo gradimen-

(1) Corte di Cassazione di Torino; sentenza dei 5 dicembre 1888; nella *Giurisprudenza* di Torino, anno 1889, pag. 9.

(2) V. Aubry e Rau su Zachariae, Vol. I, § 349

to. « Si venditor non designavit tempus, eatenus periculum sustinere debet, quoad degustetur vinum; *videlicet, quasi tunc plenissime veneat, cum fuerit degustatum.* » (L. 1, princ. D. *de periculo et commodo rei venditae*). La dottrina di Ulpiano si deve accettare anche sotto l'impero del Diritto moderno (1). L'articolo 1452 richiede il concorso di due condizioni, perchè sia perfetta la vendita delle cose di cui si usa di fare l'assaggio prima della compra: in primo luogo, l'assaggio fatto dal compratore; in secondo luogo, l'approvazione data da costui. Come bene osserva in proposito il Troplong, il solo assaggio non è sufficiente a render perfetta la vendita; esso deve essere seguìto dalla volontà e dal consenso di comprare.

Ma l'articolo 1452 deve intendersi sanamente; l'ordinamento della legge *sentiendum civiliter*. Esso non è applicabile, e quindi non vuolsi riconoscere la riserva tacita di assaggio ammessa dall'articolo dianzi enunciato pel vino, per l'olio, e per le altre cose delle quali si usa fare l'assaggio prima della compra, quando questo assaggio e la conseguente approvazione della merce già si avverarono durante le trattative. Perciò, in quest'ultima ipotesi, la vendita deve considerarsi come avvenuta puramente e perfettamente dal momento del contratto (2). « L'articolo 1452 Codice civile parla di un solo saggio, e se lo dice necessario per riconoscere la qualità della merce, allude alle qualità contemplate nelle trattative, non alle qualità conosciute mediante un saggio precedente. Ed il negare che la vendita sia perfetta dopochè le parti han consentito nel prezzo, e il compratore ha assaggiato e trovato buona la merce equivale a sovvertire la definizione e la essenza di quel contratto (3). »

---

(1) V. Troplong, *De la vente*, num. 97.

(2) Corte di appello di Venezia; sentenza dei 12 novembre 1880; nella *Temi Veneta*, anno 1880, pag. 670.

(3) Corte di Cassazione di Firenze; sentenza dei 19 gennaio 1874; negli *Annali della giurisprudenza italiana*, anno 1874, parte I, pagina 66.—In rapporto all'art. 1452 del Codice, in tema di compravendita di cose delle quali si usa di fare il precedente assaggio, si consulti pure una sentenza, dei 18 ottobre 1878, della Corte di Cassazione di Napoli (nella *Gazzetta del procuratore*, anno XIII, num. 49; 18 gennaio 1879).

Due valorosi giuristi, il Duvergier ed il Colmet de Santerre, hanno insegnato, che l'articolo 1587 del Codice francese, cui risponde l'articolo 1452 del Codice italiano, parla di una vendita condizionale. Il Laurent a buon diritto insorge contro questa teoria. Non si può affermare che il compratore sia obbligato, semprechè la condizione, che consiste nell'assaggiare la cosa e nell'approvarla, è meramente potestativa. Ciò è tanto vero, che coloro i quali ammettono una vendita condizionale, confessano ch' essa dipende dal capriccio del compratore; esso compra, se vuole, esso non contrae alcuna obbligazione; non vi ha dunque neanche una vendita condizionale, imperciocchè la vendita condizionale importa delle obbligazioni vicendevoli da canto di ambidue i contraenti. Mentre il Codice francese, nell'articolo 1588, cui risponde l'articolo 1453 del Codice italiano, dice che la vendita è condizionale, nell' articolo 1587 dice che non vi ha contratto di vendita, *il n'y a point de vente,* finchè il compratore può negare la sua approvazione, senza esser tenuto a dar ragione del suo rifiuto. « Son motif est que la chose n'est pas de son goût, et le goût est tout à fait individuel. » Donde promana che il venditore non sarebbe ammesso a provare la bontà della cosa, domandando una perizia. Le parti hanno esclusa la estimazione dei periti, esse hanno subordinata l'esistenza della vendita al gusto individuale del compratore (1).

Passiamo all'esame dell' articolo 1453: « La vendita col patto di precedente assaggio si presume sempre fatta sotto condizione sospensiva. » Vi sono delle cose che taluno non si decide a comprare se non dopo di averle provate, esaminate; ad esempio un cavallo, un orologio, una macchina. La condizione della prova deve essere espressa nella convenzione medesima; la legge non la suppone di pieno diritto. La voce *assaggio*, nell'articolo 1453, designa appunto la *prova* (2). Un pronunziato del Supremo Collegio di Torino lo nota espressamente: « Fra le cose che si usano prendere a prova sonvi le macchine, massime se il compratore per la sua

---

(1) V. Laurent, *Principes de droit civil,* Vol. XXIV, num. 142 e 144.

(2) V. Pacifici-Mazzoni, *Trattato della vendita,* Vol. I, num. 35; Firenze, 1882.

condizione ed abituale professione vi è del tutto profano. Si versa nel campo delle vendite fatte con condizione, e quella della prova è per presunzione *juris* più di frequente sospensiva; così è secondo il Codice francese (art. 1588), e così secondo l'italiano (art. 1453), e la parola *assaggio*, che ivi si legge, equivale alle altre *saggio* o *prova* (1). » Si è detto, che « la voce *assaggio* nei lessici s'adotta pei liquidi, e non può, se non assai impropriamente, applicarsi ad altri oggetti (2). » Ma l'osservazione non è esatta. Ben è vero che, in un primo significato, nel significato ordinario, s'intende per *assaggiare* il *gustar leggermente, quasi prender saggio di checchessia per sentirne il sapore;* ma, tra gli altri significati, vi è pur quello di *tentare, esperimentare, provare*, ch'è appunto il concetto che vuole esprimere il legislatore nell'articolo 1453 (3).

Nel sistema del Diritto romano, per determinare se la condizione di assaggio era sospensiva o risolutiva, si aveva riguardo alle parole adoperate dai contraenti. « Emptio tam sub conditione, quam pure contrahi potest: sub conditione, veluti, *Si Stichus intra certum diem tibi placuerit, erit tibi emptus aureis tot.* » (Inst. § 4, *de emptione et venditione*). « Si res ita distracta sit, *ut si displicuisset, inempta esset*, constat non esse sub conditione distractam, sed resolvi emptionem sub conditione. » (Ulpiano, L. 3, D. *de contrahenda emptione*). Il Pothier, facendo assorgere a regola generale la decisione di Ulpiano, determinata presso il giureconsulto romano dalle espressioni speciali della stipulazione ch'egli dovea giudicare, stimò che nel diritto delle Pandette tutte le vendite ad assaggio si presumevano fatte sotto una condizione risolutiva, e non sotto una condizione sospensiva (4). Il Codice francese, articolo 1588, sostituì alla condizione presunta risolutiva del Pothier, una condizione presunta sospensiva. Ed il Codice italiano ne seguiva l'esempio, dichiaran-

(1) Corte di Cassazione di Torino; sentenza dei 30 giugno 1885; nella *Legge*, anno XXV, Vol. II, pag. 335.

(2) V. Cattaneo e Borda, *Il Codice civile italiano annotato*, sugli art. 1452 e 1453, num. 4; Torino 1882.

(3) V. *Vocabolario degli Accademici della Crusca*, Quinta impressione, Vol. I, verb. *Assaggiare;* Firenze, 1863.

(4) Pothier, *Traité du contrat de vente*, num. 266.

do, nell'articolo 1453, che la vendita col patto di precedente assaggio si presume sempre fatta sotto condizione sospensiva. Il Troplong censura il legislatore per avere in proposito stabilita una regola generale. « Le mieux eût été de mettre de côté tous les jugements *a priori;* d'imiter les jurisconsultes romains dans leur sage réserve, et de laisser la loi neutre sur un point qui ne saurait dépendre que de la convention des parties (1). » Ma, pur ritenendo che in tema d'interpretazione di contratti l'autore della legge non deve stabilire delle decisioni *a priori*, avuto riguardo ai precedenti storici non può censurarsi la redazione dell'articolo 1588 del Codice francese, cui risponde l'articolo 1453 del Codice italiano. Il Pothier, come dianzi si è osservato, elevando, erroneamente, a norma generale, una particolare decisione di Ulpiano, aveva insegnato e fatto prevalere la idea inesatta, che la vendita col patto di precedente assaggio si dovesse sempre reputare fatta sotto condizione risolutiva, cioè a dire, si dovesse ritenere immediatamente perfetta, salvo a risolversi in sèguito. Questa idea era del tutto opposta alla realtà delle cose; imperciocchè deve affermarsi non solo che la vendita col patto di precedente assaggio si può fare e sotto condizione sospensiva e sotto condizione risolutiva, ma ancora che il più delle volte essa si compie sotto condizione sospensiva; ripugna alla logica il supporre, che un compratore prenda immediatamente a suo rischio una cosa che gli si consegna per assaggiarla. Per antivenire gli effetti della dottrina insegnata dal Pothier (dottrina che non sarebbe rimasta senza influenza, se il Codice avesse serbato silenzio a tal riguardo), il Codice francese stimò opportuna la dichiarazione contenuta nell' articolo 1588, riprodotta nell' articolo 1453 del nostro Codice. D'altra parte, la disposizione racchiusa nei due articoli nulla ha di inesatto, anche quando si prenda alla lettera. La legge non statuisce, che la vendita col patto di precedente assaggio *si deve* ritenere fatta sotto condizione sospensiva. La legge si limita a stabilire in proposito una semplice presunzione: *si presume* fatta sotto condizione sospensiva. Il giudice, avuto riguardo ai casi particolari, può escludere tale condizione. Soltanto quando vi è dubbio assoluto sulla mente dei contraenti, quando non vi ha alcuna

(1) V. Troplong, *De la vente,* num. 107.

prova al riguardo, si deve accettare l'idea di una condizione sospensiva, più logica e più ammissibile della condizione risolutiva (1). E poichè la vendita si presume fatta sotto condizione sospensiva, i rischi della cosa venduta restano a carico del venditore. Io compro un cavallo col patto della prova; se questo cavallo mi viene rubato, senza che vi sia colpa da parte mia, io non sarò obbligato al pagamento del prezzo, e potrò chiederne la restituzione se già lo avessi pagato (2).

Osserva il Troplong, che la genesi storica della disposizione racchiusa nell' articolo 1588 del Codice francese (articolo 1453 del Codice italiano) determina il vero significato che al medesimo deve darsi. Non vi ha vendita perfetta trattandosi di una vendita fatta sotto condizione sospensiva di assaggio; non può ragionevolmente ammettersi alcuna differenza tra il caso preveduto nell'articolo 1587 (articolo 1452 del Codice italiano) e quello preveduto nell'articolo 1588. Non si può ravvisare neanche una vera vendita condizionale; imperciocchè in un contratto sotto condizione sospensiva, le due parti non possono sciogliersi; mentre che, nel caso dell' articolo 1588, il compratore può allontanarsi dal negozio, dicendo che la cosa non è di suo gradimento. Ben è vero che le parole di cui si serve il Codice possono far credere, che il legislatore ha voluto creare una distinzione tra le due ipotesi, quella figurata nell'articolo 1587 e quella figurata nell' articolo 1588. Ma questa interpretazione sarebbe erronea. L'intenzione del legislatore, dice il Troplong, è stata sol quella di condannare l'opinione di Pothier, che ravvisava nella vendita a saggio una vendita sotto condizione risolutiva. « C'est là ce qui l'a forcé à parler de condition et à qualifier de suspensive une modalité que dans l'ancienne jurisprudence française on considerait comme résolutoire. » La condizione di assaggio sospende la vendita; la sospende non solo in questo senso che la proprietà resta al venditore, ma ancora nel senso che il compratore non è ligato irrevocabilmente. Donde si può conchiudere, che non vi è vendita vera e per-

(1) V. Marcadé, *Explication du Code civil*, sugli art. 1587 e 1588 del Codice francese, num. III.

(2) V. Mourlon, *Répétitions écrites*, sull' art. 1588 del Codice francese.

fetta, che il contratto è claudicante, e che regna una piena conformità nel significato dei due articoli del Codice (1).

La teoria insegnata dal Troplong è respinta dalla più parte degli interpreti del Codice Napoleone. E gli espositori del nostro Codice, generalmente, adottano la dottrina prevalente in Francia. Ricordiamo specialmente il Ricci ed il Pacifici-Mazzoni. Osserva il primo, che l'articolo 1452 si riferisce all'assaggio voluto dall'uso, laddove l'art. 1453 contempla il caso di assaggio pattuito. L'assaggio introdotto dall'uso altro non esprime, se non il gusto personale dell'acquirente, gusto che può anche essere capriccioso ed anormale, perchè non soggetto ad alcuna norma di ragione. Il compratore in questo caso non presta il suo consenso se non quando, avendo assaggiato le cose, le ha trovate di sua soddisfazione; ove la merce non lo soddisfi, non è tenuto a dirne il perchè, non avendo esso assunto alcun impegno. Al contrario, l'assaggio pattuito non è quello che deve esprimere il gusto personale dell'acquirente, ma consiste in un mezzo di prova voluto dall'acquirente per constatare se la cosa vendutagli abbia quelle qualità, in contemplazione delle quali si è determinato a farne l'acquisto. In questo caso, si ha vera vendita condizionata, dipendente, cioè, dal constatare l'esistenza delle qualità che si esigono nella cosa dedotta in contratto; laddove nell'altro caso vendita alcuna non esiste, essendo la manifestazione del consenso subordinata al fatto di essergli la merce offerta di pieno suo gusto. Acquisto, ad esempio, un cavallo da tiro o da sella, ovvero una macchina trebbiatrice, ma col patto di farne l'assaggio o l'esperimento; quale scopo ha, in questo caso, l'assaggio? Null'altro che quello di accertarmi se il cavallo ha le qualità richieste da me, o se la trebbiatrice funziona bene. Supposto pertanto che la cosa caduta in contratto abbia le qualità desiderate, io ho già prestato il mio assenso ad acquistarla; quindi il contratto di vendita è già perfezionato, ma dipendente da condizione sospensiva, dalla condizione, cioè, che la cosa abbia le qualità che hanno determinato il compratore a farne l'acquisto (2). Allo stesso modo, nota il Pacifici-Mazzoni, che,

(1) V. Troplong, *De la vente*, num. 108.

(2) V. Ricci, *Corso teorico pratico di Diritto civile*, Vol. VII, numero 103 e 105.

conchiuso il contratto di vendita col patto della prova, questa prova non consiste in un giudizio liberissimo, quasi arbitrario del compratore, come nella vendita del vino, olio e di altre cose simili, a norma dell'articolo 1452; qui invece la prova è ricognizione di qualità obbiettiva della cosa; non il gusto personale del compratore dev'essere qui soddisfatto, sebbene garantito colla prova il diritto di lui che cosa della tale o tale altra qualità volle acquistare; in altri termini, il compratore non deve approvare la cosa perchè gli piace, o disapprovarla, perchè non gli piace, deve invece dichiarare che alla prova la cosa ha mostrato di possedere o meno le qualità necessarie perchè renda bene il servigio a cui è destinata, e per il quale l'ha acquistata. E così è ben diverso l'obbietto ed il fine dell'assaggio e della prova (1).

Non vuolsi confondere la vendita col patto di precedente assaggio con la vendita *sopra campione approvato*. Mentre la prima è fatta sotto condizione, la seconda deve ritenersi, dal suo inizio, pura e semplice. E, veramente, il campione è particella della massa da vendere in tutto o in parte; esso quindi serve di regola per provare che la merce di cui in appresso si offre la consegna sia o no quella venduta; in altri termini, la vendita sopra campione presenta questa sola particolarità, cioè che la merce venduta dev'essere conforme al campione. Ma questa operazione non costituisce punto una condizione sospensiva, come la prova (2). La Corte di appello di Venezia, dopo di avere ammesso il principio, che la vendita su campione approvato è pura e semplice, e il confronto della merce col campione è soltanto il modo di constatare la qualità pattuita della merce stessa, soggiungeva: il compratore pertanto, il quale non voglia accettare la merce, perchè non conforme al campione, dovrà proporre l'azione redibitoria, osservando in precedenza le pratiche indicate nel Codice di commercio (3). Ma non pare che si possa accettare questa teoria, della necessità, da parte del compratore, di sperimentare l'azione redibitoria. Sempre che la merce spedita o

(1) V. Pacifici-Mazzoni, *Trattato della vendita*, Vol. I, num. 38.

(2) V. Pacifici-Mazzoni, *Ibidem*, Vol. I, num. 41.

(3) Corte di appello di Venezia; sentenza dei 29 febbraio 1876; negli *Annali della giurisprudenza italiana*, anno 1876, parte II, pagina 234.

consegnata dal venditore non sia conforme al campione approvato, non si può parlare di vizi della cosa caduta in contratto. È quistione, invece, di esaminare se il venditore ha spedito o consegnato la merce della qualità che il compratore ha inteso acquistare, ovvero una merce di qualità diversa. Donde promana che, quando il venditore non ha soddisfatta la sua obbligazione, quando cioè la merce spedita o consegnata non corrisponde al campione approvato, il compratore, trattandosi di contratto bilaterale, si può giovare della condizione risolutiva, invocando l'articolo 1165 del Codice (1).

II. Cosa. — Il secondo elemento essenziale del contratto di vendita è costituito dalla cosa, *res*. Troviamo nel Codice un capitolo speciale circa le *cose che non si possono vendere*; e, svolgendo gli articoli racchiusi sotto questo capitolo, ci occuperemo di proposito del secondo elemento ch'è richiesto alla essenza della vendita. Qui ci limiteremo ad alcune osservazioni generali. Noteremo, in primo luogo, che la cosa che forma l'oggetto del contratto di vendita deve esistere attualmente, cioè a dire, al momento della convenzione, od almeno deve essere di natura tale da potere esistere in sèguito. Quando, al momento della convenzione, la cosa più non esiste, la vendita deve essere considerata come non avvenuta. Il compratore, durante il trentennio, può agire per la ripetizione del prezzo, senza che gli si possa opporre la disposizione racchiusa nell'articolo 1300. In altre parole, la vendita deve considerarsi come inesistente, e non come semplicemente nulla (2). Se, al tempo del contratto, è perita soltanto una parte della cosa venduta, il compratore ha la scelta o di recedere dal contratto, o di domandare la parte rimasta, facendone determinare il prezzo mediante stima proporzionale (cap. dell'articolo 1461).

Fa d'uopo, inoltre, che possa esservi a favore del compratore trasmissione di proprietà della cosa venduta; se il compratore era già proprietario di questa cosa, la vendita si dovrebbe considerare come non avvenuta. Non si può vendere ad alcuno una cosa di cui egli sia già proprietario.

(1) V. Ricci, *Corso teorico pratico di Diritto civile*, Vol. VII, numero 106.

(2) V. Aubry e Rau su Zachariae, Vol. I, § 349.

« Suae rei emptio non valet, sive sciens, sive ignorans emerit. » (L. 16, D. *de contrahenda emptione*). Giusta l'art. 1447, la vendita è un contratto, per cui uno si obbliga a dare una cosa e l'altro a pagarne il prezzo; ora, l'acquirente non può domandare che gli si dia una cosa che è già sua. Osserva in proposito il Cuiacio: « In emptione rei suae id agitur frustra, ut res sua fiat, quae jam sua est, nec sua esse amplius, suave fieri potest (1). » E il Lauterbach: « Si res vendita emtoris est propria, venditio ipso jure est nulla, licet emtor hoc ignoraverit: quamvis enim obligatio ex pluribus causis nobis acquiri possit, dominium tamen non potest, nisi ex una causa contingere (2). » Nondimeno, insegna il giureconsulto romano: « Existimo posse me id quod meum est sub conditione emere, quia forte speratur meum esse desinere. » (L. 61, D. *de contrahenda emptione*). Cioè a dire, quantunque non possa acquistare puramente e semplicemente la cosa mia, posso comperarla sotto la condizione e nel caso che cesserà di appartenermi (3).

III. Prezzo. — Il terzo elemento essenziale del contratto di vendita è costituito dal prezzo, *pretium*. Come nota la Ruota Romana: « Pretium est unum de substantialibus venditionis (4). » Tre condizioni sono richieste perchè possa dirsi esservi il prezzo, elemento essenziale della vendita: il prezzo deve consistere in una somma di danaro, deve essere serio, deve essere determinato e specificato dalle parti. Parleremo distintamente di ciascuna di queste condizioni.

1.° Il prezzo deve consistere in una somma di danaro. Altrimenti, vi sarebbe una permuta e non una vendita; *aliud pretium, aliud merx*. Difatto, se io do una cosa in pagamento di un' altra cosa, è impossibile sapere quale è la cosa venduta, quale è quella che costituisce il prezzo, quale è il ven-

(1) V. Cuiacio, *Recitationes solemnes*, ad L. XXXIV, D. *de contrahenda emptione* (Vol. V, col. 507 dell'ediz. napoletana del 1758).

(2) V. Lauterbach, *Collegium Pandectarum theoretico-practicum*, Vol. I, Lib. XVIII, tit. I, num. XXIII; Tubingae, 1784.

(3) V. Pothier, *Traité du contrat de vente*, num. 9.

(4) Ruota Romana; decisione dei 16 gennaio 1617; V. *Sacrae Rotae Romanae Decisionum recentiorum*, Pars IV, Tom. I, num. 384; Venetiis, 1716.

ditore, quale è il compratore (1). Vuolsi però osservare, che quando nel contratto si è convenuta una somma di danaro come prezzo della compra, benchè in sèguito il compratore abbia dato in pagamento un'altra cosa, senza pagar la menoma somma in danaro, il contratto permane un contratto di vendita. « Non enim pretii numeratio, sed conventio perficit emptionem. » (L. 2, § 1, D. *de contrahenda emptione*). All'insegnamento del giureconsulto romano ispiravasi il card. de Luca, dicendo: « Pretium debet esse in quantitate, non autem in specie, cum hoc secundo casu, permutatio potius, quam emptio et venditio dicatur, quamvis conventae quantitatis loco, prohibitum non sit speciem ex pacto recipi debere, eamque in facultate solvendi consistere (2). » Se il compratore si obbligasse, invece di pagare una somma di danaro, a fare una cosa, neanche vi sarebbe vendita; si dovrebbe, in questo rapporto giuridico, ravvisare la figura di un contratto innominato. Quando però, oltre la somma di danaro convenuta, il compratore si obbligasse a dare qualche cosa o a fare qualche cosa, per supplemento del prezzo, il contratto dovrebbe riguardarsi come una vendita. « Si vendidi tibi insulam certa pecunia, et ut aliam insulam meam reficeres: agam ex vendito ut reficias: si hoc solum ut reficeres, non intelligitur emptio venditio. » (L. 6, § 1, D. *de act. empt. et venditi*). La decisione di Pomponio si deve adottare anche sotto l'impero del Diritto moderno. Giova qui riferire il § 1055 del Codice austriaco: « Se la cosa viene venduta in parte contro danaro, e in parte contro altre cose, il contratto si considera di compra e vendita o di permuta, secondo che il prezzo in danaro importa più o meno del valore ordinario della cosa; e se la somma data in danaro è eguale al valore della cosa, il contratto si ritiene di compra e vendita. »

2.° Il prezzo deve essere serio. Con questa formola, che il prezzo deve essere serio, in primo luogo si vuole esprimere il concetto che il prezzo deve essere vero, e convenuto nell'intenzione che possa esigersi. Se taluno mi vendesse una cosa per una somma determinata, e nel contratto me ne fa-

---

(1) V. Troplong, *De la vente,* num. 147.

(2) V. De Luca, *De emptione et venditione, Summa sive Compendium,* num. 18; Venetiis, 1726.

cesse la rimessione, questo atto non sarebbe una vendita, ma una donazione. « Cum in venditione quis pretium rei ponit, donationis causa non exacturus, non videtur vendere. » (L. 36, D. *de contrahenda emptione*). Deve decidersi altrimenti, se la rimessione del prezzo fosse stata fatta *ex intervallo;* perchè, in questo caso, vi è stato un prezzo che l'acquirente effettivamente si è obbligato di pagare; e ciò basta pel contratto di vendita. Ripetiamo il frammento del giureconsulto romano: « Non enim pretii numeratio, sed conventio perficit emptionem. » (L. 2, § 1, D. *Ibidem*) (1). In secondo luogo, non vi esiste vero prezzo, quando esso è talmente minimo, *uno nummo,* che le parti evidentemente non l'hanno indicato se non per ischerzo, *nugatorie.* « Unus nummus ratione rei, quae est alicuius pretii, imaginem tantum pretii habet (2). » Tizio, nel contratto, dichiara di vendere a Mevio il fondo Semproniano, per una lira: in tal caso, si può parlare di prezzo serio? Taluni scrittori ritengono inoltre, che non siavi prezzo serio, e quindi la vendita debba considerarsi come inesistente, quando il prezzo presenta col valore della cosa venduta tale sproporzione, da essere evidente che le parti non han potuto riguardarlo *come l'equivalente della cosa.* Questa dottrina non può accettarsi. E, veramente, quale è il concetto di una convenzione seria? È, forse, quella, come la suppone l'opposto sistema, che si trovi essere, se non perfettamente, almeno quasi del tutto ragionevole, conveniente, e ben proporzionata nelle sue diverse clausole? No evidentemente. È quella che le parti han considerato come un affare (buono o cattivo, poco importa); quella cui esse hanno inteso di stare. Non v' ha nulla di comune tra le due idee, di convenzione *conveniente,* e di convenzione solamente *seria.* Noi non parliamo punto seriamente, quando dichiaro di vendervi la mia casa, del valore di 12,000 lire, per cinque lire; ma è evidente che facciamo una cosa molto seria quando, stretto dal bisogno, io vi vendo questa casa per 2,000 lire, o quando, volendo procurarvi un grande vantaggio, ve la vendo per una rendita vitalizia di 500 lire; quando, in brevi parole,

(1) V. Pothier, *Traité du contrat de vente,* num. 18.

(2) V. Lauterbach, *Collegium Pandectarum,* Vol. I, Lib. XVIII, tit. I, § XLIV; Tubingae, 1784.

per una ragione qualunque, io vi vendo la mia cosa per un prezzo che è, in verità, enormemente inferiore al suo valore, ma che nondimeno conserva una vera importanza intrinseca, e che devesi realmente pagare. Il Codice, con gli articoli 1529 a 1537, *Della rescissione della vendita per causa di lesione,* ci somministra il più forte argomento per mostrare l'insussistenza della dottrina che combattiamo. Come nota in proposito l'Ubero, in tema di vendita, perchè esista il rapporto giuridico, non si richiede che siavi corrispondenza tra la cosa ed il prezzo, e per due ragioni: « cum quod aequalitas fortius est de natura societatis quam venditionis, tum, quod de venditione sanctionem habemus specialem, non dari rescissionem nisi laesione dupli perpetrata (1). » Quando un immobile, che ha il valore di 12,000 lire, è venduto non per 9,000, 8,000, 7,000 o solo per 6,000 lire, ma per 5,000, per 4,000 o per 3,000 lire, cioè a dire per un prezzo molto inferiore al suo valore, è ben chiaro che le parti non han potuto riguardare allora il prezzo *come l'equivalente della cosa!* Se dunque fosse esatta la definizione che del prezzo serio dà il sistema opposto, se fosse vero che il prezzo non serio è quello che le parti non han potuto riguardare *come l'equivalente della cosa,* la vendita, nel caso dianzi raffigurato, dovrebbe reputarsi inesistente. E ciò che si dice d'una vendita d'immobili, dovrebbe dirsi ancora d'una vendita di cose mobili, imperciocchè il prezzo per questa non sarebbe più serio che per quella, e perchè l'assenza del prezzo reale e serio importa necessariamente la inesistenza sì delle vendite immobiliari, sì delle vendite mobiliari. Ora ciò non può sostenersi; ed il Codice che non concede alcun effetto alla viltà del prezzo, per quanto grande possa essere, nella vendita delle cose mobili, ad essa concede per unico effetto, nella vendita di immobili, non già l'inesistenza del contratto, ma solo il diritto di costringere il compratore, durante due anni, a sopportare la rescissione od a pagare un supplemento del prezzo. Il sistema opposto riconoscerebbe l'inesistenza della vendita, non solo là dove la legge non ammette che una semplice rescissione, cui il compratore può sfuggire offrendo il supplemento del prezzo; ma eziandio là dove la legge non am-

(1) V. Ubero, *Institutionum*, Lib. III, tit. XXIV, num. 6; Lipsiae, 1725.

mette neanche la rescissione, come ha luogo nella vendita delle cose mobili (1).

3.° Il prezzo della vendita debb'essere determinato e specificato dalle parti. Può per altro rimettersi all'arbitrio di un terzo scelto dalle parti nell' atto della vendita. Può anche pattuirsi che la scelta sia fatta posteriormente d'accordo dalle parti, purchè sia espresso nella convenzione che, non concordando le parti, la scelta venga fatta dal pretore o dal conciliatore del luogo del contratto, o del domicilio o della residenza di una delle parti. Se la persona scelta nell'atto non vuole o non può fare la dichiarazione del prezzo, la vendita è nulla. Si può altresì pattuire, che il prezzo sia quello risultante da una certa e determinata mercuriale (art. 1454) (2). La vendita, il cui prezzo è stato lasciato, per quanto ne riguarda la determinazione, alla valutazione di terze persone, vuolsi considerare come subordinata alla condizione sospensiva della valutazione da farsi. Sarebbe errore il credere, che tale vendita non diventa perfetta che mediante la stima. Quantunque il prezzo non sia dall'inizio determinato in una maniera assoluta, non dipende tuttavia dalla volontà delle parti, e deve, per questa ragione, riguardarsi come sufficientemente determinato per la formazione del contratto. La stima una volta fatta retroagisce al giorno del contratto. Da ciò deriva, che ogni nuova alienazione, consentita nell'intervallo tra la vendita e la stima, è destituita di qualunque efficacia riguardo al primo compratore (3).

La vendita è nulla quando le parti abbiano stabilito, che il prezzo si dovesse determinare da un perito, e nel caso che ad esso non volessero stare, da un altro, e così successivamente da un terzo, senza indicare la persona al cui giudizio finalmente si dovesse stare. « Non è a revocare in dubbio, che la determinazione del prezzo in un contratto di vendita

(1) V. un bel lavoro del Marcadé: *Vente, Prix non serieux, prix vil;* nella *Revue critique de législation,* anno 1851, Vol. I.

(2) Dicesi *mercuriale* « l'accertamento del prezzo medio delle derrate che l' autorità pubblica fa registrare sui mercati, e conoscere al paese. Forse da *Mercurio,* l'antico Dio del commercio, venne il nome di questi documenti. » V. Boccardo, *Dizionario della economia politica e del commercio,* Vol. III, verb. *Mercuriale;* Torino, 1859.

(3) V. Aubry e Rau su Zachariae, Vol. I, § 349.

costituisce un requisito essenziale per la sua validità. Or nella specie manca affatto un tale requisito. I contraenti dissero solamente, giusta le vicendevoli difese dei contendenti, che il prezzo doveva essere determinato da un perito, e nel caso che non volessero aderire al suo parere, ne nominavano un secondo, e poi un terzo; e quindi senza indicar persona, al cui giudizio faceva mestieri finalmente sottostare, non stabilirono nel contratto quel vincolo di diritto, che ne costituisce la condizione sostanziale per la sua efficacia (1). »

In una vendita di immobili, deferitosi ad un perito arbitro di fissare la rendita dei medesimi, e di ridurla a capitale a quel saggio che crederà di giustizia, avuto riguardo alla topografia del luogo, non può l'autorità giudiziaria modificare l' operato del perito. Nelle fonti del Diritto si trova una Costituzione dell'imp. Giustiniano, dove è detto che su tal punto eravi grave controversia fra i giureconsulti. « Si quis rem ita comparaverit, *ut res vendita esset quanti Titius aestimaverit,* magna dubitatio exorta est multis antiquae prudentiae cultoribus. » Giustiniano la decise: « Cum hujusmodi conventio super venditione procedat, *quanti ille aestimaverit,* sub hac conditione stare venditionem, ut si quidem ipse qui nominatus est pretium definierit, omnimodo secundum ejus aestimationem et pretia persolvi, et venditionem ad effectum pervenire. » (L. 15, Cod. *de contrahenda emptione*). Tale decisione deve essere seguìta sotto l'impero del Diritto moderno. Dire « che i tribunali hanno il diritto di annullare la decisione degli arbitri, quando l'iniquità è manifesta, o quando l' errore è grossolano, è accordare al giudice un potere d' apprezzamento, che è incompatibile con la forza obbligatoria dei contratti (2). »

Non vi sarebbe vendita, se una delle parti restasse libera di determinare arbitrariamente il prezzo; ad esempio, se il venditore si abbandonasse alla discrezione del compratore: « quanti velis, quanti aequum putaveris, quanti aestimaveris, habebis emptum. » (L. 35, § 1, D. *de contrahenda emptione*). Ma non potrebbe dirsi incerto il prezzo così designato: io

---

(1) Corte di Cassazione di Napoli; sentenza dei 30 dicembre 1876; nel *Foro italiano,* anno 1877, parte I, pag. 339.

(2) Corte di Cassazione di Palermo; sentenza dei 6 aprile 1881; nel *Foro italiano,* anno 1882, parte I, pag. 139.

compro il vostro immobile per il prezzo pel quale voi l'avete comprato, *quanti tu eum emisti;* ovvero, per la somma che trovasi racchiusa in questo forziere, *quantum pretii in arca habeo*. In questi due casi il prezzo deve ritenersi certo, sebbene ignorato da una delle parti. « Magis ignoratur quam in rei veritate incertum est. » (L. 7, § 1, D. *Ibidem*). Su questo frammento del Diritto romano notava Wolfango Lauterbach: « Constituitur certum pretium non tantum simpliciter et per se, per expressam specificationem; sed etiam per relationem, quae nominis vice fungitur. Relatio vero fit vel ad praeteritum, v. g. quanti emisti; vel ad praesens, v. g. quantum pretii, vel quod pretium in arca habeo (1). » Il Troplong ha insegnata la stessa dottrina sotto l'impero del Codice francese (2); ed essa non può giudicarsi dissonante dai principî del nostro Codice.

Determinati gli elementi che costituiscono l'essenza del contratto di vendita, passiamo all' esame dell' articolo 1448, dove è statuito circa il momento della perfezione della vendita. Nell'articolo 1125 del Codice troviamo enunciato il principio fondamentale, che nei contratti i quali hanno per oggetto la traslazione della proprietà o di altro diritto, la proprietà o il diritto si trasmette e si acquista per effetto del consenso legittimamente manifestato, e la cosa rimane a rischio e pericolo dell' acquirente, quantunque non ne sia seguìta la tradizione. L'articolo 1448 ci presenta la conferma di questo principio in tema di vendita: « La vendita è perfetta fra le parti, e la proprietà si acquista di diritto dal compratore riguardo al venditore, al momento che si è convenuto sulla cosa e sul prezzo, quantunque non sia seguìta ancora la tradizione della cosa nè sia pagato il prezzo. » È detto nelle *Istituzioni* dell'imp. Giustiniano: « Consensu fiunt obligationes in *emptionibus-venditionibus,* locationibus-conductionibus, societatibus, mandatis. Ideo autem istis modis consensu dicitur obligatio contrahi, quia neque scriptura, neque praesentia omnimodo opus est, *ac ne dari quidquam necesse est,* ut substantiam capiat obligatio, sed sufficit eos, qui negotia gerunt, consentire. » (Inst. princ. e § 1, *de obli-*

(1) V. Lauterbach, *Collegium Pandectarum,* Vol. I, Lib. XVIII, tit. I, § XLVIII; Tubingae, 1784.

(2) V. Troplong, *De la vente,* num. 151 e 152.

gationibus ex consensu). Le parole, *ac ne dari quidquam necesse est,* indicano apertamente, che la numerazione del prezzo e la tradizione della cosa non si richiedevano dal Diritto romano per la perfezione della vendita. Sino a questo punto non si può ravvisare alcuna differenza fra l'ordinamento del Diritto romano e quello del Diritto moderno; ma bisogna andare più innanzi. Secondo il Diritto romano, il consenso sulla cosa e sul prezzo non era sufficiente per trasferire la proprietà; richiedevasi, pel trasferimento della proprietà, la tradizione della cosa. Applicavasi a tal riguardo il principio generale: « Traditionibus et usucapionibus dominia rerum, non nudis pactis transferuntur. » (L. 20, Cod. *de pactis*). La vendita consideravasi perfetta senza tradizione, ma solo nel senso ch'essa produceva un legame di diritto, una obbligazione di consegnare la cosa. Tale obbligazione era però puramente personale; essa non permetteva al compratore di agire con la *rei vindicatio*, come proprietario della cosa. Il vero proprietario prima della tradizione era il venditore (1). Il Diritto moderno su questo punto non ha calcato le orme del Diritto romano. Al momento che si è convenuto sulla cosa e sul prezzo, la proprietà si acquista di diritto dal compratore rispetto al venditore, quantunque non sia seguìta ancora la tradizione della cosa, quantunque non siasi ancora pagato il prezzo della stessa. E qui vuolsi notare che, nel sistema del Diritto romano, quantunque la vendita non trasferisse per sè stessa la proprietà della cosa venduta, non faceva però meno passare i rischi al compratore, per la ragione che il debitore di una cosa determinata nella sua individualità, rimane libero per la perdita di questa cosa, e non risponde se non delle deteriorazioni che essa può subire per sua colpa. A lato di questa ragione, che nulla ha perduto della sua forza, imperciocchè l'articolo 1298 del Codice ha formalmente sancita la regola, che *debitor rei certae rei interitu liberatur,* viene a collocarsi, nel sistema del Diritto moderno, un'altra ragione tratta dalla massima: *res perit domino:* e *dominus* della cosa venduta deve essere considerato il compratore, anche prima della tradizione della medesima (2). Abbiamo superiormente osservato, che l'articolo 1448 deve essere consi-

---

(1) V. Troplong, *De la vente,* num. 36 e 37.

(2) V. Aubry e Rau su Zachariae, Vol. I, § 349.

derato come la conferma, in tema di vendita, del principio generale sancito nell'articolo 1125. Questo articolo, come di proposito si è notato in sede opportuna, è la riproduzione dell'articolo 1138 del Codice francese. Il Larombière a buon diritto ritiene, che il principio racchiuso nel medesimo è *un hommage rendu à la toute puissance de la volonté humaine.* In tema di successione, il dominio e il possesso dei beni passano dal defunto all'erede *sine aliqua apprehensione*. Il trasferimento si avvera per effetto della sola volontà dell'uomo, sia ch'egli faccia il suo testamento, sia che la legge lo faccia per lui; imperciocchè l'ordinamento della successione legittima, per servirci della formola del card. de Luca, *est testamentum a lege factum pro morientibus ab intestato.* Il Codice francese ed il Codice italiano han dato lo stesso effetto alla volontà dell'uomo, in tema di contratti. « Il semble que l'ancien droit, si matérialiste lorsqu'il exigeait une tradition, n'ait pas compris que cette tradition, que ce pur fait ne signifiait rien en lui-même, et n'avait de sens que comme expression de la volonté qui avait formé le contrat (1). » Il valore legale è dato al contratto dalla volontà, e quando se ne ha una prova nel contratto medesimo, perchè richiedere un'altra prova del tutto materiale?

In applicazione dell'articolo 1448 del Codice decise il Supremo Collegio di Torino, che la vendita, anche agli incanti pubblici, siano volontari o giudiziali, si perfeziona nel momento in cui l'offerta del prezzo da parte del compratore e quella della cosa da parte del venditore si incontrano; e quindi nel caso di incanto essa si perfeziona all'atto del deliberamento (2).

Ma dall'articolo 1448 del Codice non si può ricavare la conseguenza, che una vendita immobiliare sia perfetta senza l'atto scritto. Lo abbiamo osservato in propria sede, ed ora giova richiamare una sentenza della Cassazione di Firenze: « Lo scopo dell'articolo 1448 fu quello di escludere la necessità della tradizione materiale richiesta dal Diritto romano pel trasferimento della proprietà; ma ciò non vale certamente

(1) V. Larombière, *Théorie et pratique des obligations,* Vol. I, sull'art. 1138 del Codice francese, num. 3 e 4; Paris, 1885.

(2) Corte di Cassazione di Torino; sentenza dei 3 luglio 1894; nella *Giurisprudenza italiana,* anno 1894, parte I, pag. 944.

ad escludere la necessità dello scritto; donde consegue, che se tutte le disposizioni legislative debbono armonizzare fra loro, il citato articolo deve intendersi nel senso che non distrugga o paralizzi gli effetti dell'articolo 1314, ma che si accordi con lo stesso, completando e non distruggendo il sistema della legge (1). »

Adunque, nel sistema del Diritto moderno, la proprietà ed i rischi della cosa venduta passano al compratore pel solo effetto della conchiusione del contratto. Ciò peraltro si avvera solo nel caso in cui la cosa venduta è determinata nella sua individualità. Finchè non si trova questa determinazione, non può dirsi nè che la proprietà siasi trasferita, nè che i rischi siano passati al compratore. A conforto di questa dottrina, riferiamo il testo di due articoli del Codice: Quando si tratta di mercanzie non vendute in massa, ma a peso, numero e misura, la vendita non è perfetta, in quanto che le cose vendute stanno a rischio e pericolo del venditore, finchè non sono pesate, numerate o misurate. Il compratore però può chiedere o la consegna delle mercanzie, o il risarcimento dei danni in caso d'inadempimento della obbligazione (articolo 1450). Se al contrario le mercanzie sono state vendute in massa, la vendita è immediatamente perfetta. S'intende fatta la vendita in massa, se le cose sono state vendute per un solo e certo prezzo, senza che siasi avuto riguardo al peso, al numero o alla misura, od anche quando vi si abbia riguardo unicamente all'effetto di determinare la quantità del prezzo medesimo (art. 1451). Dobbiamo spiegare gli articoli dianzi riferiti; e cercheremo di assolvere il nostro còmpito colla maggiore chiarezza che ci è possibile.

Quando trattasi di mercanzie, la vendita può farsi in massa, ovvero può convenirsi ch'esse saranno pesate, numerate o misurate. Nel primo caso si ha una vendita pura e semplice, perfetta col solo consenso delle parti, ed il compratore diventa proprietario senza che faccia mestieri di pesare, numerare o misurare alcuna cosa. « Si omne vinum, vel oleum, vel frumentum, vel argentum uno pretio seu aversione venierit, idem juris est, quod in caeteris rebus, perfectaque emptio intelligitur, statim ut de pretio convenit. »

---

(1) Corte di Cassazione di Firenze; sentenza dei 20 dicembre 1894; nella *Gazzetta del procuratore*, anno XXVI, num. 42 (9 marzo 1895).

Nel secondo caso, invece, la cosa è indeterminata finchè l'operazione del peso, della numerazione o della misura non sia compiuta. « Si res non uno pretio, sed ita venierint, ut in singulas amphoras vini, in singulas metretas olii, in singulos modios frumenti, in singulas libras argenti, certum pretium diceretur, non prius quantum ad periculum perfecta videtur venditio, quam res hujusmodi adnumeratae, admensae appensaeve sint, quasi venditio sub hac conditione contracta sit (1). » Si ignora, nel secondo caso, ciò che è stato venduto, e, come dice il giureconsulto Paolo: « mensura eo proficit ut appareat quantum ematur. » (L. 34, D. *de contrahenda emptione*). In conseguenza, resta incerto il prezzo che il compratore dovrà pagare. La perfezione della vendita è in sospeso finchè non sia seguìta l'operazione del peso, della numerazione o della misura. « Sabinus et Cassius tunc perfici emptionem existimant quum adnumerata, admensa, adpensave sint. » (Gaio, L. 35, § 5, D. *de contrahenda emptione*). Ma anche prima che si compia l'operazione del peso, della numerazione o della misura le parti sono legate; nel tempo intermedio tra il contratto e questa operazione, non vi sarà luogo a pentimento: *medio tamen tempore poenitentiae locus non erit* (2). Il compratore può chiedere la consegna delle merci, cioè a dire, può chiedere che si proceda al peso, alla numerazione od alla misura; e, nel caso d'inadempimento dell'obbligazione, può domandare il risarcimento dei danni. È tale appunto la disposizione dell'articolo 1450, il cui vero significato è questo: quando la vendita è fatta a peso, numero o misura, la vendita è perfetta in quanto che le parti non possono rinunziarvi senza lo scambievole consenso, ma essa non è perfetta in quanto che, prima del peso, della numerazione o della misura, la proprietà non è trasferita, e le cose stanno a rischio e pericolo del venditore. Ben è vero che l'articolo 1450 dice: *la vendita non è perfetta, in quanto che le cose vendute stanno a rischio e pericolo del venditore*. Di qui potrebbe ricavarsi, che la vendita è perfetta per ogni altro riguardo, e che per conseguenza è traslativa della pro-

(1) V. Vinnio, *Institutionum*, Lib. III, tit. XXIV, § 3, num. 4; Venetiis, 1754.

(2) V. Voet, *Comm. ad Pandectas*, Lib. XVIII, tit. I, num. 24; Hagae-Comitum, 1731.

prietà. Tale, difatto, fu l'interpretazione data dal Duranton all'articolo 1585 del Codice francese, cui risponde l'art. 1450 del Codice nostro. Ma, come ha provato luminosamente il Troplong, pensiero dei redattori del Codice nella compilazione del suddetto articolo non fu quello di decidere che la proprietà era trasferita, imperciocchè essi riconobbero espressamente non esservi punto *accomplissement de la vente*; ma sibbene vollero eliminare il falso concetto, che per avventura poteva trarsi dalla farisaica interpretazione dei termini dell'articolo, che la vendita fosse inesistente e che il venditore non fosse astretto da alcuna obbligazione. Questo pensiero risulta apertissimo dai lavori preparatorî del Codice francese; ed esso deve servirci di fiaccola nello spiegare ciò che v'ha di oscuro nelle parole con cui è manifestato (1).

Il card. de Luca insegnava in proposito: « Continuatio dominii ac successive periculi subjectio sunt in venditore, in iis venditionibus, quae consistunt in pondere, numero et mensura, donec sequatur ponderatio, numeratio vel mensuratio (2). » Un pronunziato della Corte di Cassazione di Napoli applicava questa dottrina sotto l'impero del Codice vigente. La vendita di merci a peso, numero o misura è perfetta anche prima ch'esse siano pesate, numerate e misurate; l'imperfezione della vendita è limitata al solo trasferimento della proprietà, ed ai rischi e pericoli delle merci. « Bastevole riesce lo avere sott'occhio l'articolo 1450 Codice civile, per toccar con mano l'ingiustificabile errore, nel quale ebbe inconsultamente a cadere la Corte d'appello, quando, pria di effettuarsi la numerazione, il peso e la misura, disse non perfetta la vendita, sino al punto da surrogare alla medesima un contratto innominato, e denegare al compratore come al venditore l'azione dalla vendita derivante. Se la consueta sua attenzione avesse la Corte medesima portato sulla letterale dizione dell'articolo in parola, avrebbe senza stento ravvisato essere la negata perfezione del contratto limitata al passaggio della proprietà, e di conseguenza del rischio e pericolo, dall'uno all'altro contraente. L'è, in altri termini, quel dettato una eccezione al principio generale stabilito dal precedente

(1) V. Troplong, *De la vente,* num. 87 e 88.

(2) V. De Luca, *De emptione et venditione*, Disc. V, num. 5; Venetiis, 1726.

articolo 1448, secondo il quale la proprietà di diritto trasfondesi all'acquirente appena siasi convenuto della cosa e del prezzo. E la ragione della eccezione apparisce manifesta allorchè si consideri, che nella vendita delle mercanzie a peso, numero e misura si abbia nel momento del contratto una determinazione puramente generica della cosa venduta, non già specifica, dipendendo questa dalla enumerazione, dal peso e dalla misura. Ecco perchè proprietà, rischio e pericolo continuano a permanere sul capo del venditore; ma ciò non vuol dire che non esiste la contrattazione di vendita. Dessa rientra nei contratti consensuali, e lo incontro delle due volontà rende la convenzione perfetta, opera e produce il vincolo di diritto. Lo manifesta troppo apertamente lo stesso articolo, allorchè autorizza il compratore a chiedere la consegna della merce; cosa affatto incompatibile con l'idea di un contratto non perfezionato; e lo conferma la ragione, non essendo nè proprio, nè accettevole il tramutamento che, contro la volontà dei paciscenti, piacque alla Corte operare, sostituendo un contratto innominato a quello di vendita (1). »

Qui crediamo opportuno di determinare in concreto il concetto della *vendita a numero, peso* e *misura* e quello della *vendita in massa*. Per questa determinazione richiameremo, giusta il nostro sistema, le più notevoli massime accolte dalla giureprudenza.

1) La vendita è fatta a *misura*, quando il prezzo è espressamente convenuto per ciascuna misura; ad esempio, io vi vendo 100 ettolitri di grano, che si trovano nel mio granaio, alla ragione di 10 lire per ettolitro. Se vi vendo 100 montoni del mio gregge, alla ragione di venti lire per capo, si avrà una vendita a *numero*. Se vi vendo 100 libbre dello zucchero che si trova nel mio deposito, a ragione di quaranta centesimi per libbra, si avrà una vendita a *peso*. Quindi a buon diritto decise la Corte di Cassazione di Firenze, essere a misura, e non in massa, la vendita del vino di quattro botti, se non caddero in contratto quattro botti intere, ma specificatamente cadde in contratto la quantità di cinquanta barili del vino che in esse si conteneva, e a un tanto la soma. In tal caso la misura intesa e voluta, non già a de-

(1) Corte di Cassazione di Napoli; sentenza del 1.° gennaio 1876; nella *Giurisprudenza italiana,* anno 1876, parte I, pag. 365.

terminare il prezzo, ma ad accertare la quantità del vino venduto, è necessaria alla perfezione del contratto, costituendo una condizione sospensiva della vendita stessa. La Corte richiamava in proposito il frammento del giureconsulto Gaio: « Sed si ex doleario pars vini venierit, veluti metretae centum, verissimum est, antequam admetiatur, omne periculum ad venditorem pertinere. » (L. 35, § 7, D. *de contrahenda emptione*) (1).

Ma se vi vendo tutta la mercanzia, contenuta in un recipiente determinato, o depositata in un luogo indicato, sebbene siasi detto che voi mi dovete una determinata somma secondo il numero, il peso o la misura della mercanzia, la vendita dovrà considerarsi essersi fatta in massa. Ad esempio: vi vendo il grano che si trova nel mio granaio, il gregge costituito dai miei montoni, lo zucchero che si trova nel mio deposito, a tanto la misura, o il numero o il peso. Una vendita di questa natura, avendo realmente per oggetto una cosa determinata nella sua individualità, deve immediatamente, per sè stessa, trasferire al compratore la proprietà ed i rischi della cosa venduta. L'operazione della numerazione, del peso o della misura non è necessaria in tal caso per la determinazione della cosa, ma solo pel calcolo del prezzo (2). È questa appunto la dottrina insegnata dal Voet: « Potest enim vendi doleare vinum tanquam certum corpus, ut statim venditio perfecta sit, et tamen addi lex admetiendi, ut pretium totius dolii vini pro invento minore majoreve vini venditi modo solvatur, dum incertum utrique vel alterutri quae vini quantitas dolio contenta sit, nec alter alterum incertae mensurae specie circumvenire vult: quo casu res tales fungibiles, jam consideratae ut corpora ante admensionem, periculo emptoris sunt (3). » Il Marcadé, esaminando l'art. 1586 del Codice francese, ha strenuamente propugnata l' opposta dottrina. Ha insegnato, cioè, che la vendita deve essere considerata a numero, peso e misura, quando manca la unità del prezzo, sebbene le cose siano indicate in massa; ad esem-

(1) Corte di Cassazione di Firenze; sentenza dei 13 novembre 1879; negli *Annali della giurisprudenza italiana*, anno 1879, parte I, pag. 626.

(2) V. Aubry e Rau su Zachariae, Vol. I, § 349.

(3) V. Voet, *Comm. ad Pandectas*, Lib. XVIII, tit. VI, num. 4; Hagae-Comitum, 1731.

pio, io vi vendo la partita di caffè che ho in un determinato deposito a quattro franchi il chilogramma, vi vendo il mio gregge a venticinque franchi il montone. « Vero è, osserva lo scrittore francese, che talvolta si è preteso il contrario, che talvolta si è voluto scorgere una vendita in massa, una vendita di oggetto certo e determinato, sol perchè le cose erano indicate in massa. Ma questo concetto è inammissibile. Il testo degli articoli del Codice oppone alla vendita in massa la vendita a numero, a peso ed a misura, e certamente è vendere a peso, a numero ed a misura il vendere a tanto il chilogramma, o il capo di bestiame, o il litro (1). » La dottrina insegnata dal Marcadé non può in nessun modo accettarsi sotto l'impero del nostro Codice. Il legislatore italiano, nel capoverso dell'articolo 1451, risolveva la grave controversia esaminata dalla scuola francese. È detto in questo capoverso, che s'intende fatta la vendita in massa, se le cose sono state vendute per un solo e certo prezzo, senza che siasi avuto riguardo al peso, al numero o alla misura, *od anche quando vi si abbia riguardo unicamente all'effetto di determinare la quantità del prezzo medesimo.* In tal caso si vende *certum corpus,* e soltanto vi si aggiunge la *lex admetiendi,* allo scopo di fissare la quantità del prezzo cui è tenuto il compratore.

La giureprudenza ha interpretato esattamente il testo della legge. Ricordiamo in primo luogo una sentenza della Corte di appello di Catanzaro, dove si trova stabilita la massima: è vendita in massa, e quindi immediatamente perfetta, quella di tutte le arance di un parco, sebbene il prezzo sia determinato a un tanto per migliaio, e sia quindi necessaria la numerazione di esse per fissare la cifra precisa che deve pagare il compratore. « Precipua ricerca si è quella di vedere, se il contratto in disame sia una compra-vendita *in massa,* o a *numero.* Sul proposito basta dare uno sguardo alle chiare parole del contratto stesso, ed al disposto nell'articolo 1451 Codice civile vigente, il quale, immegliando il concetto o almeno la locuzione dell'articolo 1431 Leggi Civili del 1819, e togliendo l'àdito a tutte le dispute derivanti dai termini nei quali era il medesimo concepito, statuisce in un

(1) V. Marcadé, *Explication du Code civil,* sull'art. 1586 del Codice francese.

modo non dubbio, doversi ritenere fatta in massa, e quindi perfetta immediatamente, la vendita delle mercanzie, quando queste siansi vendute nella totalità, comunque si abbia avuto riguardo al numero, peso e misura, unicamente all'effetto di determinare la quantità del prezzo. In tal caso si ha la certezza della cosa e del prezzo; cosa certa, perchè non può cader dubbio su ciò che si è venduto, quando si è venduta tutta la massa, sia maggiore, sia minore; non dubbio il prezzo, perchè certa la ragione a cui si è venduto, cioè tanto prezzo per tanto numero, peso e misura (1). » In secondo luogo richiamiamo una sentenza della Corte di appello di Venezia, nella quale è accolta la massima: vendute sette botti di vino della propria cantina, a un prezzo convenuto per ogni misura, la vendita è fatta in massa, ed è quindi perfetta sin dal momento in cui le parti han consentito sulla cosa e sul prezzo. Deriva da ciò che se il vino venduto si guasti, prima che venga il termine fissato per la consegna, e senza colpa del venditore, il guasto è a carico del compratore, già divenuto proprietario della merce vendutagli: « La cosa venduta deve consegnarsi in quello stato, in cui si trovava al tempo della vendita; l'obbligazione di dare importa in genere quella di consegnare la cosa e di conservarla fino alla consegna. Sta bene: ma tutto ciò significa che il venditore, il quale abbia ancora la cosa presso di sè, non deve con proprie colpevoli azioni od omissioni pregiudicare il diritto dell' acquirente, non deve far sì che la cosa venduta si deteriori. È l' armonia delle disposizioni della legge è resa manifesta dalla seconda parte dell'articolo 1219, ove la massima, *Res perit emptori,* è messa nella sua più splendida luce. Durante il tempo fissato per la consegna, la cosa rimane a rischio e pericolo dell'acquirente, e solo può restare a rischio e pericolo del venditore, quando egli sia in mora a consegnarla (2). »

2) La vendita si considera ancora fatta a numero, peso o misura, quando si vendono tante misure di grano, tante libbre di zucchero, tanti piedi di alberi, per un prezzo fissato in massa. Si reputa che questo prezzo è il totale del valore

(1) Corte di appello di Catanzaro; sentenza dei 27 aprile 1868; negli *Annali della giurisprudenza italiana,* anno 1868, parte II, pag. 70.

(2) Corte di appello di Venezia; sentenza dei 12 novembre 1880; nella *Giurisprudenza italiana,* anno 1881, parte II, pag. 1.

di ciascuna misura di grano, di ciascuna libbra di zucchero, di ciascun piede d'albero, insieme addizionati. Come insegna il giureconsulto romano: « Non interest unum pretium centum metretarum insimul dictum sit, an in singulas eas. » (L. 35, § 7, *de contrahenda emptione*). In questo caso si trova la condizione della unità del prezzo; ma non si trova la condizione della unità dell'oggetto (1).

3) Se le cose sono state vendute per un solo e certo prezzo, senza che siasi avuto riguardo al peso, al numero o alla misura, si ha una vendita in massa, una vendita *per aversionem,* come dice il giureconsulto Gaio, nel frammento 35 delle Pandette, *De contrahenda emptione*. Ed il Cuiacio, con chiarezza massima, così riassume il testo del giureconsulto romano: « Res aversione vendita est, quae confuse et acervatim, pretio insimul dicto, non in singulas res constituto, vendita est. » Si ha pure una vendita in massa, quando ad una cosa, considerata complessivamente e venduta per un solo e certo prezzo, si aggiunge la misura che si presume ch'essa contenga. In tal caso, osserva il Troplong, l'indicazione della misura si trova soltanto « pour forcer le vendeur à faire raison de ce qui se trouvera en moins (2). » A conforto di questa teoria, il Troplong invoca l'autorità del Diritto romano e quella del Pothier.

Statuisce l'articolo 1449: « La vendita può essere fatta puramente e semplicemente, o sotto condizione sospensiva o risolutiva. Può altresì avere per oggetto due o più cose alternativamente. In tutti questi casi l'effetto di essa è regolato dai principii generali dei contratti. » Applicando i principii generali dei contratti, diremo che, in tema di vendita condizionale, non si deve far dipendere la condizione dalla mera volontà di una delle parti. E l'applicazione alla vendita del principio generale che si trova fermato nell'art. 1162 del Codice, in rapporto alle obbligazioni condizionali. Sarebbe nulla la vendita stipulata sotto la condizione: *se il venditore lo vuole*. E parimente dovrebbe giudicarsi nulla, se l'efficacia della vendita si fosse subordinata alla mera volontà del compratore: *se il compratore lo vuole*. Dovrebbe decidersi

(1) V. Marcadé, *Explication du Code civil,* sull'art. 1586 del Codice francese.

(2) V. Troplong, *De la vente,* num. 92.

altrimenti, quando la condizione non fosse tale da far dipendere l'obbligazione dalla mera volontà di una delle parti. Ad esempio, vi vendo la mia casa se nell'anno fo il viaggio a Parigi: non è *assolutamente* nel mio potere d'impedire che la vendita abbia luogo; imperciocchè, come osservano concordemente gli espositori del Codice, io non potrò paralizzarla che non andando a Parigi, ed io sarò obbligato ad eseguirla nel caso che entro l'anno mi reco in questa città. In sede opportuna abbiamo fatto il raffronto fra l'articolo 1066, statuito in tema di donazioni, e l'articolo 1162, statuito in tema di obbligazioni condizionali (1).

Si discute *in cathedra et in foro* la quistione, se sia consentito di stipulare la vendita sotto la condizione, che essa non divenga perfetta che al tempo in cui dal compratore si proceda al pagamento del prezzo. In altre parole, il sistema accolto dal Diritto moderno, in rapporto al trasferimento del dominio della cosa venduta, permette che il venditore si riservi questo dominio sino al pagamento del prezzo da parte del compratore? La Corte di appello di Ancona decideva negativamente. Il patto di riserva del dominio, valido nel sistema del Diritto romano, non è compatibile colle disposizioni del Diritto civile moderno. Nel Diritto romano valeva il principio, che la tradizione operava il trasferimento della proprietà. « Secondo le nuove leggi, il passaggio della proprietà dal venditore nel compratore non si pone nel fatto della tradizione, ma lo si considera che, per diritto, per opera della stessa legge, avvenga nel momento istesso che le parti

(1) Il card. de Luca, in un suo elegantissimo Discorso *pro veritate* (*De emptione et venditione,* Disc. LIII), si ferma a determinare la natura giuridica di un patto che, ai suoi tempi, si apponeva in qual che contratto di vendita. Ferdinando Capone comprò, nel 1647, dal Marchese Giovanni Corsi a Roma un cavallo destinato alla *corsa dei barbari,* al prezzo di 150 scudi, che promise di pagare *a tempo a moglie,* cioè a dire, *quando uxorem duceret.* Il compratore fu ucciso *uxore non ducta.* Sorta quistione, pel pagamento del prezzo, tra gli eredi del compratore e quelli del venditore, il card. de Luca, esaminata la controversia *pro veritate,* giudicò che si trattava di una vendita a termine, e non di una vendita sottoposta a condizione: « censui respondendum, ut scilicet tempus nuptiarum dilationis potius quam conditionis gratia adjectum esset. »

sono di accordo sul prezzo e sulla cosa. Oggi vendere e ritenere il dominio della cosa venduta è una contraddizione. L'essere della vendita, secondo le legislazioni che alla romana successero, sta nel passaggio immediato della proprietà (1). » Ma questa teoria non può essere accolta. Due espositori del nostro Codice, che di proposito hanno esaminata la quistione, la risolvono in senso opposto a quello seguìto dalla Corte di Ancona. Il ragionamento della Corte, osserva il Ricci, sarebbe esattissimo, ove la traslazione del dominio costituisse una condizione indispensabile alla esistenza giuridica della vendita; ma dal momento che ciò non è, dal momento che il legislatore stesso riconosce come giuridicamente esistente una vendita, sebbene annullabile, che abbia avuto per oggetto la cosa altrui, non può dirsi che vendere e ritenere il dominio per un certo tempo implichi assoluta contraddizione (2). Il Pacifici-Mazzoni fa ricorso allo stesso argomento, invoca cioè il sistema della legge circa le conseguenze della vendita della cosa altrui. E soggiunge che, avuto riguardo a tale sistema, il patto che limiti l'effetto della vendita solamente a dar vita a rapporti obbligatorî, non offende l'essenza del contratto, e quindi non può giudicarsi nullo (3). Tra gli espositori del Codice francese, vogliamo ricordare il Laurent. Egli osserva, che, in rapporto al trasferimento della proprietà in tema di vendita, i compilatori del Codice, con savio consiglio, hanno preferito *le droit naturel à la science romaine*. Ma da ciò non deve trarsi la illazione, che, nel sistema del Diritto moderno, il trasferimento della proprietà sia della essenza della vendita. « La loi ne le dit pas, et cela ne résulte pas des principes. » Gli oratori del Tribunato invocano il Diritto naturale, cioè la volontà delle parti contraenti; ora, le parti hanno il diritto di manifestare una volontà contraria; nulla interdice loro di stipulare una vendita col sistema romano. A maggior ragione le parti possono convenire che la proprietà non sarà trasmessa che quando il compratore avrà pagato il prezzo. La vendita avrà sempre per oggetto di

(1) Corte di appello di Ancona; sentenza del 1.° marzo 1873; negli *Annali della giurisprudenza italiana*, anno 1873, parte II, pag. 107.

(2) V. Ricci, *Corso teorico pratico di Diritto civile*, Vol. VII, numero 97.

(3) V. Pacifici-Mazzoni, *Trattato della vendita*, Vol. I, num. 122.

trasferire la proprietà, ma il trasferimento sarà subordinato a condizione; di guisa che il venditore resterà proprietario fino all'adempimento della condizione, cioè a dire, sino al pagamento del prezzo (1).

Statuisce il Codice, nel capoverso primo dell'art. 1449, che la vendita può avere per oggetto due o più cose alternativamente. Nella pratica sono molto infrequenti le vendite sotto forma alternativa; ma ciò non toglie che esse si possano avverare e si avverino talvolta. Ecco un esempio che in proposito ci presentano gli scrittori. Tizio, nell'abbandonare un paese senza animo di ritornarvi, fa dei suoi mobili di varie specie e qualità dei gruppi o lotti, per il prezzo ciascuno di 500 lire; Sempronio accetta la proposta di comprare l'uno o l'altro di questi gruppi di mobili, per il prezzo dianzi enunciato. È questa la figura di vendita sotto forma alternativa. Insegna il Borsari, che, per applicare il principio fermato nell'articolo 1178 (trattandosi di obbligazione alternativa, *la scelta appartiene al debitore, se non è stata espressamente concessa al creditore*), si deve ritenere che, nell'esempio addotto, il *debitore* è il compratore. « Dopo avere il venditore offerto al compratore di dieci cose una che il compratore accetta senza deliberar quale, non può poi dire in un atto unilaterale e suo proprio: ecco io vi do questa. Assolutamente egli non può appropriarsi la condizione che la legge fa al debitore nell'obbligazione alternativa (2). » Noi non possiamo accettare la teoria insegnata dal Borsari. Abbiamo da un frammento di Paolo: « Si emptio ita facta fuerit, *est mihi emptus Stichus aut Pamphilus*, in potestate est venditoris, quem velit dare, sicut in stipulationibus. » (L. 34, § 6, D. *de contrahenda emptione*). Il frammento è chiaro, ed è anche più chiaro il commento che ne presenta il sommo Cuiacio: « Si emptio venditio facta sit sub disjunctione, nempe hoc modo, *Esto mihi emptus Stichus aut Pamphilus*; in arbitrio est venditoris quem velit dare, nisi emptor sibi ele-

(1) V. Laurent, *Principes de droit civil*, Vol. XXIV, num. 4. Il Laurent richiama un arresto della Cassazione del Belgio, dei 26 luglio 1872 (nella *Pasicrasie*, 1872, I, 452), ed una decisione della Corte di Liegi, dei 3 gennaio 1863 (nella *Pasicrasie*, 1864, II, 48).

(2) V. Borsari, *Comm. del Codice civile italiano*, Vol. IV, parte I, § 3481.

ctionem nominatim exceperit (1). » Questa risoluzione accolta dal Diritto romano deve indubbiamente seguirsi sotto l'impero del Codice italiano; il quale, in tema d'interpretazione del contratto di vendita, non ci presenta quel discernimento imposto dall'antico Diritto. « Labeo scripsit, obscuritatem pacti nocere potius debere venditori, qui id dixerit, quam emptori; quia potuit re integra apertius dicere. » (L. 21, D. *Ibidem*). Discernimento riprodotto nell'articolo 1602 del Codice francese: « Tout pacte obscur ou ambigu s'interprète contre le vendeur. » Questa disposizione « non venne più ripetuta nel Codice attuale; ed invero non è sempre il debitore che impone le condizioni del contratto, ma anzi più frequentemente si è il compratore che approfitta dei bisogni del venditore: quindi il Codice italiano non credette opportuno di sanzionare una particolare regola per la interpretazione del contratto di compra e vendita, trovando sufficiente la norma segnata nell'articolo 1137, applicabile a tutti i contratti (2). »

Le spese degli atti e le altre accessorie alla vendita sono a carico del compratore, salve le particolari convenzioni (articolo 1455). Riesce facile assegnar la ragione di questo ordinamento del Codice. Colui che vuole costituirsi un titolo deve pagare le spese che sono necessarie per costituirlo. Il compratore, che ha bisogno di un atto di vendita per consolidare nelle sue mani la proprietà di cui si fa investire, deve dunque sopportare le spese dell'atto, gli onorari del notaio, le somme richieste pel registro o per la trascrizione, ed anche le spese accessorie alla vendita, come quelle, ad esempio, che si sono erogate per accedere sui luoghi e per misurare i terreni (3). Nondimeno, la convenzione delle parti può derogare alla regola generale che stabilisce il Codice. Si può convenire, ad esempio, che la tassa di registro sarà pagata metà dal venditore e metà dal compratore; che le spese erogate per misurare i terreni debbano rimanere a carico del venditore. Del resto, e non crediamo che sia inutile questa

(1) V. Cuiacio, *Recitationes solemnes*, ad L. 34, D. *de contrahenda emptione* (Vol. IV, col. 508 dell'ediz. napoletana del 1758).

(2) Corte di Cassazione di Torino; sentenza dei 29 luglio 1871; nella *Giurisprudenza italiana*, anno 1871, parte I, pag. 548.

(3) V. Troplong, *De la vente*, num. 164.

osservazione, anche quando è il compratore che paga tutte le spese degli atti e le altre accessorie alla vendita, è sempre il venditore colui a carico del quale vanno effettivamente queste spese; imperciocchè, senza dubbio, il prezzo sarebbe più elevato se i carichi dell'acquisto non venissero realmente ad aumentare ciò che è stato offerto od accettato dal compratore (1).

L

Delle persone che possono comprare o vendere

Il principio fondamentale in questa materia si trova enunciato in tal guisa dal Voet: *emere possunt quilibet non prohibiti* (2). Alla formola del Voet risponde esattamente quella del Codice, contenuta nell'articolo 1456: « Possono comprare o vendere tutti coloro ai quali la legge non lo vieta. » Adunque, la capacità di comprare o di vendere è il diritto comune e costituisce la regola generale: la incapacità di stringere questo rapporto giuridico colpisce coloro soltanto che la legge ha mentovati in termini formali. In altre parole, non si possono ammettere incapacità di comprare o di vendere oltre quelle stabilite dalla legge, e queste incapacità sono di stretta interpretazione. E qui vogliamo richiamare un' acconcia osservazione del Laurent. Il principio, che le incapacità sono di stretta interpretazione, si applica a qualunque eccezione; ma vi ha una ragione speciale di applicarlo al diritto di vendere e di comprare. Questo diritto è una facoltà che l'uomo ha dalla natura, imperciocchè è a lui necessaria per vivere. E deve intendersi la vita nella sua più larga accezione; l'esistenza materiale è il mezzo, lo sviluppo intellettuale e morale è lo scopo (3).

Questo capitolo del Codice stabilisce alcuni casi di proibizioni speciali. L'articolo 1457 vieta a certe persone di com-

(1) V. Mourlon, *Répétitions écrites,* sull'art. 1593 del Codice francese.

(2) V. Voet, *Comm. ad Pandectas,* Lib. XVIII, tit. I, num. 8; Hagae-Comitum, 1731.

(3) V. Laurent, *Principes de droit civil,* Vol. XXIV, num. 29.

prare i beni ch' esse amministrano o che sono incaricate di vendere. E l'articolo 1458 vieta ai giudici, uffiziali del pubblico ministero ecc., di farsi cedere liti, ragioni ed azioni litigiose di competenza della corte, del tribunale o della pretura di cui fanno parte, o nella cui giurisdizione esercitano le loro funzioni, ed agli avvocati e procuratori di stabilire coi loro clienti alcun patto, e di fare coi medesimi contratto alcuno di vendita, donazione, permuta o altro simile sulle cose che sono comprese nelle cause alle quali prestano il loro patrocinio. Ma tali disposizioni non riassumono l'insieme delle proibizioni che si riferiscono al contratto di vendita. Noi crediamo opportuno di passarle tutte in rapida rassegna: 1.° Il minore, essendo incapace di contrattare, non può comprare nè vendere. Nondimeno, colui che ha contrattato col minore è obbligato verso di esso, quantunque il minore non sia reciprocamente stretto da un legame di diritto. « Si quis a pupillo sine tutoris auctoritate emerit, ex uno latere constat contractus: nam qui emit obligatus est pupillo, pupillum sibi non obligat. » (L. 13, § 29, D. *de actionibus empti et venditi*). Nel sistema del Codice, il tutore del minore non può, senza l'autorizzazione del consiglio di famiglia, alienare beni immobili o mobili, eccettuati i frutti e i mobili soggetti a facile deterioramento, nè fare acquisti di beni immobili o mobili, eccettuati gli oggetti necessari all'economia domestica od all'amministrazione del patrimonio (art. 296). Tutte le deliberazioni del consiglio di famiglia per le quali siano autorizzati atti di alienazione de'beni del minore, devono essere sottoposte all'omologazione del tribunale (art. 301). 2.° Quando il minore emancipato vuol fare una compra od una vendita che ecceda la semplice amministrazione, oltre il consenso del curatore, deve richiedere l'autorizzazione del consiglio di famiglia o di tutela. Inoltre, quando trattasi di atti di alienazione dei beni di questo minore emancipato, la deliberazione del consiglio è soggetta alla omologazione del tribunale (art. 319). 3.° L'interdetto per infermità di mente trovasi nella identica condizione giuridica del minore non emancipato. L'interdetto in sèguito di condanna penale è pure incapace di contrattare, e quindi incapace di comprare e di vendere. E vi ha questo di singolare: che mentre, per regola generale, la persona capace di obbligarsi non può opporre l'incapacità di colui col quale essa ha contrattato, l'incapacità

derivante da interdizione per causa di pena si può opporre da chiunque vi ha interesse (art. 1107.) 4.° L'inabilitato non può alienare senza l'assistenza del curatore (art. 339). 5.° La donna maritata non può alienare beni immobili, nè cedere capitali, senza l'autorizzazione del marito (art. 134). Il Codice, negli articoli 135 e 136, determina i casi nei quali la detta autorizzazione non è necessaria, ovvero deve essere supplita dall'autorizzazione del tribunale civile. 6.° I beni degli istituti civili od ecclesiastici non si possono alienare senza l'autorizzazione del governo (art. 433 e 434). 7.° Dalla data della trascrizione del precetto che precede l'espropriazione degli immobili, i frutti dei beni indicati nel precetto sono distribuiti unitamente al prezzo degli stessi beni: e il debitore non può alienare i beni medesimi, nè i frutti, e ne rimane in possesso come sequestratario giudiziale (art. 2085). 8.° Tutti gli atti di alienazione eseguiti dal fallito dopo la sentenza dichiarativa del fallimento sono nulli di pieno diritto. Si presumono fatte in frode dei creditori, e in mancanza della prova contraria sono annullate rispetto alla massa dei creditori, qualora siano avvenute posteriormente alla data della cessazione dei pagamenti, tutte le alienazioni a titolo oneroso, quando il terzo conoscesse lo stato di cessazione dei pagamenti in cui si trovava il commerciante, benchè non ancora dichiarato fallito. La stessa presunzione ha luogo per le alienazioni a qualunque titolo avvenute nei dieci giorni anteriori alla dichiarazione di fallimento, anche in difetto degli estremi sopra enunciati (articoli 707 e 709 del Codice di commercio). 9.° Gli articoli 875 a 878 del Codice di procedura civile stabiliscono le forme da seguirsi per l'alienazione dei beni di una eredità che siasi accettata col benefizio dell' inventario. Sono statuite delle norme particolari secondo la diversa natura dei beni da vendersi, vale a dire secondo che trattasi di beni mobili o di beni immobili. E statuisce il Codice civile, che l'erede decade dal benefizio dell'inventario, se vende i beni immobili dell'eredità senza l'autorizzazione giudiziale o senza le forme stabilite dal Codice di procedura civile. L'erede decade parimente dal benefizio dell'inventario, se vende i beni mobili dell'eredità senza l'autorizzazione giudiziale o senza osservare le forme stabilite dal Codice di procedura civile, prima che siano decorsi cinque anni dalla dichiarazione di accettazione col benefizio dell' inventario: dopo questo ter-

mine può vendere i beni mobili senza alcuna formalità (articoli 973 e 974).

Vuolsi però notare una differenza importantissima fra le proibizioni dianzi enunciate e quelle che formano oggetto degli articoli 1457 e 1458. La più parte delle proibizioni che abbiamo creduto opportuno di richiamare hanno per fondamento la mancanza di capacità soggettiva: e, certo, è consentito di procedere ad alienazioni anche nell'interesse delle persone incapaci, prestandosi ossequio alle forme di tutela che, riguardo alle medesime, l'autore della legge ha stabilite. Il minore, ad esempio, non ha la capacità di alienare; ma è valida l'alienazione dei beni del minore, consentita dall'assemblea familiare, quando la deliberazione di questa assemblea sia corroborata dall' omologazione del tribunale. Gli articoli 1457 e 1458 stabiliscono delle incapacità oggettive; i tutori, i protutori, i pubblici uffiziali, i giudici, i cancellieri, e le altre persone designate nei due articoli del Codice, sono capaci degli atti di alienazione; il divieto della legge riguarda *cose determinate*, che non possono comprare. Diremo col Mühlenbruch: « Sunt tamen, qui a *certarum rerum* emtionibus prohibentur (1). » L'esame dommatico dei due articoli del Codice renderà anche più chiaro questo concetto. Qui, in via preliminare, giova osservare che il nostro Codice non stabilisce tutte le incapacità che troviamo nel Diritto romano, nel Diritto intermedio e nel Codice francese.

Per citare qualche esempio, nel sistema del Diritto romano, giusta l'avviso di non pochi interpreti (*ex nonnullorum interpretatione,* dice il Mühlenbruch), ai medici era interdetto di comprare qualunque cosa dagli infermi che curavano. Questi interpreti traggono la proibizione da un frammento di Ulpiano: « Si medicus, cui curandos suos oculos, qui eis laborabat, commiserat, periculum amittendorum eorum per adversa medicamenta inferendo, compulit, ut ei possessiones suas contra fidem bonam aeger venderet: incivile factum Praeses provinciae cöerceat, remque restitui jubeat. » (L. 3, D. *de extraordinariis cognitionibus*). A chiarimento del testo di Ulpiano, ricordiamo ciò che osserva il Cuiacio: « Medicus olim ipsemet conficiebat medicamenta, non, ut fit hodie, ab

(1) V. Mühlenbruch, *Doctrina Pandectarum*, § 394; Bruxellis, 1838.

alio confici imperabat (1). » Il Diritto moderno non statuisce questa speciale proibizione; ma è evidente che, avverandosi il caso previsto dal giureconsulto romano, dovrebbe ricevere applicazione l'articolo 1112 del Codice; dovrebbe annullarsi il contratto, perchè il consenso fu estorto con violenza. Abbiamo osservato superiormente, che la proibizione è ammessa da non pochi interpreti del Diritto romano. La limitazione era necessaria; imperciocchè troviamo pure valorosi giureconsulti i quali, nel frammento di Ulpiano, ravvisano niente altro che la decisione di un caso particolare. Ricordiamo specialmente il Leyser: « Noluit Ulpianus jus generale facere, verum tantum improbitatem ejus, de quo agit, medici coërcere (2). » Ma il *pactum medici cum aegroto*, ripetiamo ciò che dianzi abbiamo notato, nel Diritto moderno non è *inofficiosum*, avuto riguardo alla professione dell'acquirente.

Gli Statuti delle città italiane ci presentano molte proibizioni dissonanti dai principî accolti sotto l'impero del Diritto moderno. Era proibita generalmente la cessione ch'era fatta in favore di un forestiere. Gli Statuti di Padova proibivano di acquistare crediti contro il proprio concittadino: *et si fecerit non valeat de jure, nec de facto.* In forza degli Statuti di Firenze non era consentito di trasmettere in nessuno, nemmeno in un altro concittadino, i crediti contro il Comune; la cessione fatta *revocetur*, *et jus quod habuerit primus creditor contra Commune sit extinctum* (3). Quest'ultima proibizione informavasi allo stesso concetto, cui era ispirata una legge contro i debitori del Comune: *nullus audiatur de jure suo, qui dare aliquid teneatur Communi.* Colui che non adempie i doveri di cittadino, non ne goda i vantaggi. Adunque, il creditore del Comune non poteva cedere il suo credito; e il debitore del Comune era privato del diritto di far valere le sue ragioni in giudizio sino a che non avesse pagato il debito. E poi vi erano i mezzi coattivi ai quali faceva ricorso il Comune. Osserva il Cibrario, che i com-

---

(1) V. Cuiacio, Comm. in Lib. VIII, *Respons. Papiniani* (Vol. IV, col. 1178 dell'ediz. napoletana del 1758).

(2) V. Leyser, *Meditationes ad Pandectas*, Vol. III, Specimen CLXXXIX, num. VIII, *Medicus ab aegroto emere potest;* Lipsiae, 1743.

(3) V. Pertile, *Storia del Diritto italiano*, Vol. IV, § 155; Padova, 1874.

missari alle esecuzioni contro i non paganti si chiamavano *raspi*; e *raspare* volea dire procedere alla pignorazione ed alla vendita dei mobili del debitore (1).

Nell'articolo 1595 del Codice francese trovasi una disposizione, riprodotta nell'articolo 1440 delle Leggi Civili napoletane. Giova riferirne il tenore: « Il contratto di vendita non può aver luogo tra'coniugi, fuori de'tre casi seguenti: 1.° Quando uno de'coniugi giudizialmente separato cede all'altro dei beni in pagamento de'di lui diritti; 2.° Quando la cessione che il marito fa alla moglie, anche non separata, è fondata sopra una causa legittima, che sarebbe il rinvestimento o reimpiego de'di lei immobili alienati, o del danaro a lei spettante, se questi immobili o danaro non cadono in comunione; 3.° Quando la moglie cede al marito de'beni in pagamento di una somma da lei promessagli in dote, se non siasi convenuta la comunione: salve in questi tre casi le ragioni degli eredi delle parti contraenti quando ne risulti alcun vantaggio indiretto. » Il Portalis assegnò questa ragione della proibizione della vendita fra coniugi: « Il fallait craindre un abus que le mari peut faire de son autorité, et celui qui aurait sa source dans l'influence que la femme peut se ménager par les douces affections qu'elle inspire. » Il Troplong applaude al divieto del Codice francese, rivolto, egli dice, ad impedire ogni donazione indiretta fra i coniugi (2). Ma il Codice italiano non ha creduto opportuno di calcare su questo punto le orme del Codice francese. Niuna disposizione è sancita tendente a proibire la vendita tra coniugi. Il Vacca, nella Relazione fatta a nome della Commissione del Senato sul terzo Libro del Progetto di Codice civile, diceva in proposito: « Noteremo tra le mutazioni introdotte dal progetto quella che si attiene al soppresso divieto della vendita tra coniugi. Il Codice francese, seguìto dalla più parte dei Codici italiani, sanciva il divieto in massima della vendita tra coniugi, salvo determinati casi di eccezione alla regola generale; e questa regola derivavasi da una presunzione legale di simulazione o di frode in fatto di compra-vendita tra con-

---

(1) V. Cibrario, *Della economia politica del medio evo*, Vol. II, Lib. III, Cap. VI; Torino, 1861.

(2) V. Troplong, *De la vente*, num. 178.

iugi, imperocchè la facoltà consentita si presenterebbe siccome il più agevole mezzo da far frode alla legge, celando sotto mendaci sembianze vantaggi indiretti ed atti di liberalità tra coniugi, oltre i limiti dalla legge prefissi; ma questo sistema di esagerata diffidenza conturbava le menti dei giureconsulti romani, al qual proposito son notevoli le belle parole del giureconsulto Paolo, nella Legge 28, § 2, D. *de donationibus inter virum et uxorem:* « Non amare, nec tanquam inter infestos, jus prohibitae donationis tractandum esse, sed ut inter conjunctos maximo affectu, et solam inopiam ex nimia donatione timentes. » Ora il progetto si è posto sulle orme del Diritto romano, discostandosi dai rigori della legislazione francese; e la Commissione non esitava ad entrare nella medesima via, persuasa, com'ella è, non essere il miglior partito la sistematica inconfidenza nella sincerità degli atti umani, ed in ispecie di quei tali atti che intervengono nella intimità dei domestici affetti. E poi fu avvertito che ove per avventura sorgessero indizi ed argomenti di simulazione, che si annidasse dentro un contratto di vendita tra coniugi, sarebbe uffizio del magistrato, mercè ponderata estimazione degli elementi di fatto, di svelarne le magagne e restituire all' atto il suo vero carattere. » Dobbiamo pure ricordare che, presso la Commissione Coordinatrice, fu discussa la proposta del senatore E. Castelli, tendente a far proibire la vendita fra coniugi fuori di alcuni casi determinati. Ma la Commissione non accettò la proposta: « sulla considerazione che, nel caso di vendita da un coniuge all'altro, dovendo sempre intervenire l'autorizzazione giudiziaria, stantechè il marito vi ha sempre interesse, cessano i soli motivi che possano farla vietare, cioè il timore della frode, e che siccome potrebbero sempre i coniugi vendere ad un terzo e ricomprare poi dal medesimo, arriverebbero essi in tal modo allo stesso intento, scansando anche la cautela dell' autorizzazione giudiziaria (1). »

Dobbiamo ora esaminare dommaticamente gli art. 1457 e 1458 del Codice; in questi due articoli si ravvisa la sapiente provvidenza della legge a guarentigia dei deboli e degli infelici. Diciamo *sapiente* provvidenza della legge, imper-

(1) Verb. num. 37 della Commissione Coordinatrice

ciocchè il nostro Codice, con ottimo consiglio, nel governare il contratto di vendita, ed anche nel dar norma agli altri istituti, non ha riprodotto le disposizioni del Diritto romano e di altri Codici, che, pure avendo in mira la protezione dei debitori, nella pratica producevano il solo effetto di consumarne la rovina.

A) Statuisce l'articolo 1457: « Non possono essere compratori nemmeno all'asta pubblica, sotto pena di nullità del contratto, nè direttamente nè per interposte persone: il genitore, dei beni dei figli soggetti alla sua podestà; i tutori, i protutori e i curatori, dei beni delle persone soggette alla loro tutela, protutela o cura; i procuratori, dei beni che sono incaricati di vendere; gli amministratori, dei beni dei comuni o degli istituti pubblici affidati alla loro cura, salvo che, per particolari circostanze, nell'atto che permette la vendita, siano autorizzati a concorrere agli incanti; i pubblici uffiziali, dei beni che si vendono sotto la loro autorità o mediante il loro intervento. »

1) Il genitore, il tutore, il protutore e il curatore non possono comprare i beni di coloro che trovansi soggetti alla loro patria podestà, tutela, protutela o cura. Come si esprime il giureconsulto Modestino: « Non licet ex officio quod administrat quis, emere quid vel per se vel per aliam personam. » (L. 46, D. *de contrahenda emptione*). Il Diritto romano ci presenta un'eccezione alla regola generale. È detto in una Costituzione degli imp. Diocleziano e Massimiano: « Cum ipse tutor nihil ex bonis pupilli, quae distrahi possunt, comparare *palam et bona fide* prohibetur: multo magis uxor ejus hoc facere potest. » (L. 5, Cod. *de contrahenda emptione*). Il Codice italiano, ad esempio del Codice francese, ha statuito espressamente che le persone enunciate nell'art. 1457 non possono comprare *nemmeno all'asta pubblica* i beni designati nell' articolo medesimo. Ed ecco la ragione della severità del Diritto moderno. Se le persone enunciate dal Codice avessero la facoltà di rendersi aggiudicatarie in una vendita pubblica dei beni superiormente designati, potrebbero, allo scopo di eliminare la concorrenza, dare delle informazioni inesatte relativamente ai beni esposti in vendita. Il pericolo che l'autore della legge ha voluto evitare sussiste dunque e nelle vendite private e nelle pubbliche. Per garantire gli interessi degli incapaci, il divieto doveva essere assoluto. L'in-

terprete non può esimersi dal dovere di applaudire al sistema della legge (1).

2) La disposizione dell'articolo 1457, che vieta ai procuratori di comprare i beni che sono incaricati di vendere, non può estendersi per via d'interpretazione al di là del caso dalla medesima contemplato, e non colpisce il procuratore *ad litem* del creditore istante, che acquista all'asta l'immobile per conto di costui. « Non vale il dire, che, colla disposizione dell'articolo 1457 Codice civile, si è voluto impedire una incompatibilità giuridica, il cumulo cioè nella stessa persona delle vesti di venditore e di compratore; mentre è cosa indubitabile che, nella spropriazione forzata, venditore è e deve considerarsi, pei corrispondenti effetti di legge, non già il creditore instante la subasta dei beni, ma il debitore che ne rimane spropriato. E basta del resto leggere la relazione del Ministro Guardasigilli sul Codice di procedura civile ora imperante, per andare persuasi che il legislatore ha lasciato al creditore istante la subasta la più larga parte al diritto di offerta, muovendo dal concetto essere grandemente utile che si abbia sino dagli inizii del procedimento esecutivo immobiliare un prezzo da lui offerto, e pel quale, mancando altro prezzo maggiore, rimanga venduto l'immobile all'offerente, senza devenire nè ad incanti a ribasso, nè ad aggiudicazione dell'immobile in natura (2). »

3) Gli amministratori non possono essere compratori, nemmeno all'asta pubblica, de' beni dei comuni o degli istituti pubblici affidati alla loro cura, *salvo che, per particolari circostanze, nell'atto che permette la vendita, siano autorizzati a concorrere agli incanti.* Questa limitazione fu introdotta dal Codice Albertino (art. 1603), e poscia fu accolta dal Codice estense (art. 1482). Fu osservato in proposito nei lavori preparatorî del Codice Albertino: « Lo escludere indistintamente tutti gli amministratori dal comperare agli incanti i beni da essi amministrati può essere più di danno che di vantaggio agli stessi corpi amministrati, poichè nei villaggi verrebbe esclusa la maggior parte degli abitanti più facoltosi; e non è neppure giusta tale disposizione nei casi in

(1) V. Laurent, *Principes de droit civil,* Vol. XXIV, num. 44.

(2) Corte di Cassazione di Firenze; sentenza dei 5 marzo 1888; nella *Temi Veneta*, anno 1888, pag. 171.

cui dai comuni si fanno alienazioni dei beni comunali per ripartizione tra i capi di famiglia, o nelle quali non si ammettono agli incanti che gli abitanti del comune stesso. Inoltre, con una tale esclusione assoluta diverrebbe difficile trovare chi voglia far parte delle amministrazioni. D' altronde, l' influenza dei consiglieri nelle amministrazioni comunali è un nulla, ed appena può considerarsi alcun poco quella del sindaco, il quale però nei casi di ripartizione, o simili, non è giusto neppure che sia escluso. » Fu detto, essere pericoloso di ammettere che gli amministratori di comuni, o pubblici stabilimenti, potessero rendersi compratori dei loro beni, essendo a temersi che, con mezzi indiretti, cercassero di procurare il proprio vantaggio con detrimento del comune o del pubblico stabilimento. Ma si rispose: « potere in molte circostanze essere maggiore il danno che si recherebbe coll' esclusione di tutti gli amministratori, scemando così il numero degli accorrenti, con eliminare quelli che sono ordinariamente più in grado di fare acquisti (1). »

4) Il genitore che esercita la patria podestà, i tutori, i protutori, i curatori, i procuratori, gli amministratori ed i pubblici uffiziali non possono comprare i beni designati dalla legge, nell'articolo 1457, nè direttamente *nè per interposte persone* (2). E, in questa materia, si deve intendere per interposta persona quella che apparentemente compra per conto proprio, ed effettivamente compra per la persona incapace, dalla quale ha ricevuto incarico di procedere all'acquisto. In tema di successione, sono riputate persone interposte il padre, la madre, i discendenti e il coniuge della persona incapace; e, in forza di questa presunzione legale, l'articolo 773 statuisce in termini formali che è nulla la disposizione testamentaria fatta in loro vantaggio. Questa presunzione legale, d' interposizione di persone, deve applicarsi anche in tema di vendita? In altre parole, deve giudicarsi, senz'altro, nullo l'acquisto che un discendente del tutore ha fatto di un immo-

(1) V. *Motivi dei Codici per gli Stati Sardi*, Vol. II, pag. 449; Genova, 1856.

(2) « Quisquis autem per se emere prohibetur, etiam per interpositam personam emtionis effectum obtinere nequit, quippe quo ipso fraus legi prohibenti fit. » Voet, *Comm. ad Pandectas*, Lib. XVIII, tit. I, num. 12; Hagae-Comitum, 1731.

bile del minore? E dicasi lo stesso in rapporto agli acquisti fatti dal padre, dalla madre, dai discendenti o dal coniuge di ogni altra persona incapace, dei beni determinati dal Codice. Gli scrittori, a buon diritto, rispondono negativamente. La presunzione legale è quella che una *legge speciale* attribuisce a certi atti o a certi fatti (art. 1350). L'interprete, quando non voglia usurpare il cómpito del legislatore, non può estendere la presunzione legale da un caso all'altro. Il padre, la madre, i discendenti, il coniuge di un incapace, sono ritenuti, in forza di una *praesumptio juris*, persone interposte, in tema di successione testamentaria. Ma il Codice non ha, in termini formali (con una *legge speciale*), stabilita la medesima presunzione, nella ipotesi preveduta dall'articolo 1457: e, nel silenzio del Codice, all'interprete non è consentito di stabilire, nella suddetta ipotesi, una *praesumptio juris*. Da ciò deriva, che, in questa materia, la prova dell'essere una persona qualsiasi interposta, a riguardo di chi la legge dichiara incapace di acquistare certi beni, deve farsi secondo le norme del diritto comune, e deve essere somministrata da chi afferma, essere la persona acquirente interposta a riguardo dell'incapace, non essendovi in proposito alcuna presunzione legale da invocare (1).

B) Statuisce l'articolo 1458: « I giudici, gli uffiziali del pubblico ministero, i cancellieri, gli uscieri, gli avvocati, i procuratori o patrocinatori ed i notai non possono essere cessionari delle liti, ragioni ed azioni litigiose di competenza della corte, del tribunale o della pretura, di cui fanno parte o nella cui giurisdizione esercitano le loro funzioni, sotto pena di nullità, dei danni e delle spese. Rimane eccettuato dalle disposizioni precedenti il caso in cui si tratti di azioni ereditarie fra i coeredi, o di cessioni in soddisfazione di crediti o per difesa di beni posseduti. Inoltre gli avvocati e procuratori non possono nè per loro, nè per interposta persona stabilire coi loro clienti alcun patto, nè fare coi medesimi contratto alcuno di vendita, donazione, permuta o altro simile sulle cose comprese nelle cause alle quali prestano il loro patrocinio, sotto pena di nullità, dei danni e delle spese. »

1) Ai magistrati (presa questa voce in un significato

(1) V. Ricci, *Corso teorico pratico di Diritto civile*, Vol. VII, numero 126.

molto più largo di quello che ad essa è data ai tempi nostri) il Diritto romano proibisce il contratto di compra-vendita *in ea provincia cui praesunt.* E la ragione di così ampio divieto è assegnata dal Voet: « eo quod emtio per hos facta, non tam a libera provincialium voluntate profecta, quam metu potentiae et autoritatis extorta crederetur, et magis ereptio, quam emtio esse (1). » Il contratto era destituito di qualunque efficacia anche quando si faceva per interposta persona. Ciò che si era acquistato: « licet per suppositam personam, comparatum, infirmato contractu vindicatur. » (L. 46, § 2, D. *de jure fisci*). Alla regola generale si faceva un'eccezione necessaria: « Penitus interdicimus emptiones quarumcunque mobilium vel immobilium rerum, *praeter eas, quae ad alimoniam vel vestes pertinent.* » (L. unica, § 2, Cod. *de contractibus judicum*). Il nostro Codice limita il divieto alla cessione delle liti, delle ragioni e delle azioni litigiose. Di qui a poco determineremo il significato delle parole adoperate dalla legge. Ora giova osservare, colla Cassazione di Torino, che il Codice proibisce ai funzionari ed uffiziali dell'ordine giudiziario la cessione soltanto delle liti, delle ragioni e delle azioni litigiose di competenza della magistratura di cui fanno parte, e non già di quelle che siano di cognizione di altro magistrato; mentre, in rapporto agli avvocati, procuratori, patrocinatori e notai, il divieto si estende indistintamente a tutta la giurisdizione in cui esercitano le loro funzioni. « L'articolo 1458 del Codice civile contempla due ipotesi di liti, ragioni ed azioni litigiose, di competenza della corte, del tribunale e della pretura, di cui faccia parte colui che intenderebbe rendersene cessionario; e le liti, ragioni ed azioni litigiose di competenza del magistrato nella cui giurisdizione lo acquirente esercita le sue funzioni. E se due sono le ipotesi oggettive della proibizione, due pure sono le categorie delle persone che da questa proibizione si trovano avvinghiate, cioè i funzionari ed uffiziali dell'ordine giudiziario, componenti la prima e illustre schiera, e gli avvocati, procuratori e notai, componenti la seconda. Trattasi di decidere, se tutte e due le categorie di persone sovra indicate siano soggette alla duplice sanzione, e più particolarmente se i fun-

(1) V. Voet, *Comm. ad Pandectas,* Lib. XVIII, tit. I, num. 10; Hagae-Comitum, 1731.

zionari dell'ordine giudiziario debbano astenersi, non solo dalle liti, ragioni ed azioni litigiose, che sono di competenza della magistratura di cui fanno parte, ma anche da quelle che, sebbene estranee alla loro competenza, siano però di cognizione di un magistrato avente giurisdizione nel luogo in cui esercitano il loro ufficio; oppure se a ciascuna delle due categorie di persone debba corrispondere una delle due distinte sanzioni, per modo che il giudice resti vincolato dalla propria competenza, ed il forense dalla cerchia giurisdizionale in cui compie la sua missione. Sembra preferibile per varie ragioni questa seconda maniera d'interpretazione. Innanzi tutto giova richiamare l'articolo 1604 del Codice Albertino. Dice questo articolo, che i membri dei magistrati e tribunali, i giudici, gli avvocati, i procuratori e notai non possono essere cessionari « delle liti che sono di competenza del tribunale nella cui giurisdizione esercitano le loro funzioni. » Qui senza dubbio non vi è luogo a distinzione tra le varie persone contemplate nella legge; i funzionari dell'ordine giudiziario, gli esercenti il patrocinio e notai si trovano tutti nella stessa condizione, uno solo è il criterio direttivo, una sola è la circostanza che determina la proibizione per tutti, che cioè si tratti di diritto litigioso di competenza del tribunale in cui esercita le sue funzioni colui che vorrebbe farsene cessionario, sia desso magistrato, avvocato o notaio. Ma la cosa non è più negli stessi termini secondo il Codice italiano. Dopo l'enumerazione delle persone a cui il divieto si riferisce, l'articolo 1458, alla dicitura « di competenza del tribunale nella cui giurisdizione..., » sostituisce quest'altra « di competenza della corte, del tribunale o della pretura, » e vi aggiunge le parole « di cui fanno parte. » Ora, se la locuzione del Codice Albertino, che esprimeva nettamente il concetto del legislatore, e non poteva lasciare seria ragione di dubitare sul suo vero significato, venne dal nuovo Codice modificata ed ampliata, bisogna necessariamente ritenere che alla variazione di parole corrisponda una variazione di concetto. E queste modificazioni non possono intendersi altrimenti fatte che nel senso di tener conto delle due diverse categorie di persone contemplate dalla legge, e di stabilire per l'applicazione del divieto due distinte condizioni, cioè la condizione di far parte del magistrato competente a conoscere del diritto litigioso pei magistrati ed uffiziali dell'ordine giu-

diziario, e quella di esercitare le loro funzioni nella giurisdizione del magistrato medesimo per i forensi e notai. Del resto, trattandosi di una disposizione odiosa e di giure incontrastabilmente singolare, inquantochè colla medesima viene a limitarsi la facoltà che ha ciascun cittadino di liberamente contrattare, dovrebbe sempre ricevere applicazione ristretta ai casi espressamente e chiaramente designati; e nel dubbio la interpretazione più benigna *pro libertate* dovrebbe preferirsi, secondo i principî di ragione consacrati dall'articolo 4 delle disposizioni preliminari al Codice civile (1). »

2) Il Codice italiano, sulle orme del francese, statuisce che i giudici, gli uffiziali del pubblico ministero, i cancellieri e le altre persone designate nell'articolo 1458, non possono farsi cedere le liti, le ragioni e le azioni litigiose indicate nell'articolo medesimo. Il significato della parola *liti* è chiarissimo. Ma quale è il significato delle parole, *ragioni ed azioni litigiose?* Con queste parole il legislatore ha voluto designare i diritti non riconosciuti, incerti, soggetti a contestazione e di natura tale da chiamare le parti innanzi ai tribunali. Il legislatore, col suo precetto meritevole di essere lodato, si è proposto non solo di far cessare le liti già iniziate, ma eziandio di prevenire quelle che potrebbero sorgere. Come osserva il Troplong, l'autore della legge è stato guidato da un sentimento di alta moralità. « Il n'a pas seulement voulu étouffer les procès commencés; son intention a été encore de les prévenir et d'enlever à des hommes familiers avec les discussions du barreau le prétexte et l'occasion de troubler le repos des familles (2). » Crediamo necessario di spiegare anche più chiaramente questo concetto. L'articolo 1547, il quale dà norma al riscatto di un diritto litigioso, è così concepito: « Il diritto si ritiene per litigioso, quando la sussistenza di esso già sia giudizialmente contestata. » Ora, si deve applicare all'articolo 1458 la definizione che l'articolo 1547 ci presenta del diritto litigioso? Il Laurent tratta ampiamente la quistione, istituendo un raffronto tra gli articoli 1597 e 1700 del Codice francese, cui rispondono gli articoli 1458 e 1547 del Codice italiano; e la ri-

(1) Corte di Cassazione di Torino; sentenza dei 29 dicembre 1882; nella *Legge*, anno XXIII, Vol. I, pag. 447.

(2) V. Troplong, *De la vente*, num. 200.

solve in senso negativo. Nell'accezione ordinaria delle parole, un diritto è litigioso, non solo quando esso forma la materia di una lite già esistente, ma anche nel caso che può essere contestato con qualche fondamento. Adunque l'articolo 1700 (articolo 1547 del Codice italiano) limita il significato comune dell'espressione *diritto litigioso.* Tutto prova che l'art. 1597 (articolo 1458 del Codice italiano) impiega le parole, *diritti litigiosi*, nel significato comune. In primo luogo, tale è la tradizione. Dice Pothier: « On appelle créances litigieuses celles qui sont contestées ou peuvent l'être en total ou pour partie par celui qui ou en prétend le débiteur, soit que le procès soit déjà commencé, soit qu'il ne le soit pas encore, mais qu'il y ait lieu de l'appréhender (1). » Il Portalis riassume questa definizione nell'*Exposé des motifs,* dicendo che la legge proibisce ad alcune persone di divenire cessionarie di diritti od azioni litigiose che sono, ovvero *peuvent être* promosse innanzi al tribunale nella circoscrizione del quale esercitano le loro funzioni. Ben è vero che il Faure, nel suo Rapporto al Tribunato, riproduce la definizione dell'art. 1700 (1547 del Codice italiano), applicandola alla proibizione dell'articolo 1597 (1458 del Codice italiano). Ma il suo errore è evidente; il testo medesimo del Codice lo prova. E veramente, l'articolo 1597 (1458 del Codice italiano) comincia col dire, che le persone ivi designate non possono rendersi cessionarie delle *liti.* Ecco il caso preveduto dall'articolo 1700 (1547 del Codice italiano); si suppone già iniziata la contestazione. Poi la legge aggiunge, *droits et actions litigieux* (*ragioni ed azioni litigiose*, giusta la formola del nostro Codice); queste parole non possono più riferirsi alle *liti,* di cui già si è parlato; esse dunque debbono significare i diritti che possono essere contestati in giudizio. Tale interpretazione è anche in armonia colla *mens legis.* Il legislatore si mostra più severo nel caso preveduto dall'articolo 1597 (1458 del Codice italiano), che in tema di retratto dei crediti litigiosi, cui si applica la definizione dell'articolo 1700 (1547 del Codice italiano). In questa ultima ipotesi si tratta di interessi privati, mentre che la proibizione dell'art. 1597 (1458 del Codice italiano) è fondata su ragioni di ordine pubblico. Vi ha un'altra considerazione di fatto, che è decisiva. Nella ipotesi

(1) V. Pothier, *Traité du contrat de vente,* num. 583.

raffigurata in quest'ultimo articolo , non si può distinguere tra la lite già iniziata e il diritto che può dar causa ad una lite. I magistrati, avvocati, uffiziali ministeriali possono abusare della loro influenza e prima e dopo l' incominciamento della lite. Anzi, ordinariamente si avvera questo fatto , che le parti vanno a consultare gli uomini di legge prima di iniziare il giudizio. Donde deriva che la loro influenza è a temersi principalmente prima della contestazione della lite. Il Laurent conchiude coll'osservare, che la giureprudenza, *après quelque hésitation , s' est prononcée en faveur de cette opinion* (1). Per quanto si attiene alla giureprudenza italiana , troviamo una sentenza della Corte di Cassazione di Napoli , che ampiamente esamina la quistione, e accetta la risoluzione prevalente sotto l'impero del Codice francese. Vogliamo riferirne i punti culminanti : « Che lo apprezzamento della qualità litigiosa non sia il medesimo nei due casi di cessione di diritti, regolati con gli articoli 1458 e 1547 Codice civile, è fatto manifesto dall'obbietto diverso delle due disposizioni e dalla diversa ragione con cui le cessioni di cosiffatti diritti vedonsi nei due casi regolati. Nell'un caso, quello dell'articolo 1547, le cessioni di diritti litigiosi, i cui paciscenti non abbiano l'impedimento del ministero o dell' ufficio giudiziario, ovvero di professioni a questo attinenti, reputate legittime, conservano tutti gli effetti giuridici, salvo il riscatto riserbato a colui contro il quale il diritto litigioso sia stato ceduto; e qui, essendosi nel campo dell'interesse esclusivamente privato, per l'esperibilità del riscatto è stato mestieri determinare la qualità litigiosa del diritto ceduto mercè un fatto certo che indiscutibilmente, per sè solo, caratterizzasse il diritto litigioso; onde la designazione della contestazione giudiziale sulla sussistenza del diritto medesimo dovuta adottare col citato articolo 1547. Invece, nelle cessioni di ragioni ed azioni litigiose, che l'articolo 1458, sotto pena di nullità, vieta ai notai, come ai giudici ed uffiziali del pubblico ministero, ai cancellieri, uscieri, avvocati e procuratori, la litigiosità del diritto ceduto può avere a base la contestazione giudiziaria già iniziata; ma, indipendentemente da questa, non può , per la ragione informante di detto articolo , non andare rilevata anche quando la sussistenza del diritto me-

(1) V. Laurent, *Principes de droit civil,* Vol. XXIV, num. 58.

desimo apparisca suscettibile di contestazione. Che anzi avendo la inibizione di siffatte cessioni per massimo obbietto il pubblico interesse, quello di fare impossibile il timore che le medesime non divengano mezzo a codesti uomini di legge di costringere con l'influenza del loro ministero a sacrifizi considerevoli le parti interessate, è da inferirne che sol che il diritto apparisca contestabile quando la cessione ha luogo, debba questa per la ragione della legge reputarsi vietata, non ostante che la contestazione giudiziaria non fossesi per anco iniziata. E, per verità, posta la ragione della inibizione nel possibile abuso che i cessionari su indicati avessero, in contrattare a loro favore la cessione, potuto fare della qualità loro, la nullità sancita con l'articolo succitato si avvera con l' atto stesso della cessione, come effetto della scienza della contestabilità del diritto che n'è l'obbietto (1). »

3) In forza del primo capoverso dell' art. 1458, al divieto contenuto nella prima parte dell' articolo medesimo si fa eccezione in tre casi: 1.° quando si tratti di azioni ereditarie fra i coeredi; 2.° quando si tratti di cessioni in soddisfazione di crediti; 3.° quando si tratti di cessioni per difesa di beni posseduti. In questi casi, non ricorrendo quella *legis ratio* che ha fatto stabilire il divieto, deve necessariamente cessare il divieto medesimo. In questi casi, il cessionario non si propone di *turbare la pace delle famiglie*, come dice il Troplong; si propone, invece, la guarentigia di un diritto proprio. I due primi casi che prevede il Codice, cessione di azioni ereditarie fra coeredi e cessione in soddisfazione di crediti, si comprendono agevolmente. Ma quale concetto vuole esprimere l'autore della legge, allorchè parla di cessione per *difesa di beni posseduti?* Ho comprato un podere e mi si minaccia la evizione del medesimo. Tizio, il preteso proprietario, che si accinge a rivendicarlo, si fonda sopra un titolo soggetto ad essere impugnato; ed infatti gli si contrasta da Caio, uno dei coeredi, la qualità di successore del defunto (da cui ripete la proprietà del fondo), per aver rinunziato all'eredità. Tizio nega gli effetti giuridici attribuiti a tale rinunzia, e pende lite fra loro. Io divengo, per contratto con Caio, cessionario di quelle ragioni certamente

(1) Corte di Cassazione di Napoli; sentenza dei 30 novembre 1887; V. *Dritto e giurisprudenza,* anno III, num. 3 (28 gennaio 1888).

litigiose, e me ne valgo a *difesa dei beni posseduti*, cioè a dire, a difesa del podere che ho acquistato (1).

4) Il secondo capoverso dell'articolo 1458 interdice agli avvocati e procuratori di stabilire coi loro clienti alcun patto, e di fare coi medesimi contratto alcuno di vendita, donazione, permuta o altro simile sulle cose comprese nelle cause alle quali prestano il loro patrocinio, sotto pena di nullità, dei danni e delle spese; e non possono stabilire questi patti o fare contratti, nè per loro, nè per interposta persona. I giureconsulti romani, tra le convenzioni che *contra bonos mores fiunt*, collocarono appunto quelle enunciate dal Codice nel secondo capoverso dell'articolo 1458. Esse, difatto, deturpano il nobile ministero del difensore, e lo trasformano in un traffico sordido, in una vile speculazione sulla posizione dei poveri clienti. Gl'imperatori romani si mostrarono severissimi a questo riguardo: « Si qui advocatorum emolumenta sibi certae partis cum gravi damno litigatoris et depraedatione poscentes fuerint inventi, placuit, ut omnes, qui in hujusmodi saevitate permanserint, ab hac professione penitus arceantur. » (L. 5, Cod. *de postulando*). Per quanto si attiene al sistema del nostro Codice, vuolsi notare col Supremo Collegio di Napoli, che « il divieto della legge riflette il solo patto *de quota litis*, per cui viene stabilita quasi una società d'interessi fra il cliente e l'avvocato. E però il patto vietato è quello che ha per oggetto la cosa compresa nella causa difesa dall'avvocato, *pars ejus, quod ex ea lite datum erit*. Ma sarebbe assurdo confondere con simiglianti contratti quello con cui, prima dello espletamento della lite, si liquida in una cifra determinata l'onorario dell'avvocato. In questo caso la convenzione non cade sulle cose comprese nella causa difesa dall'avvocato, nè a costui si attribuisce alcuna parte delle cose medesime, ma cade sulla ricompensa dovuta alle sue fatiche dal proprio cliente. Se un medico od un ingegnere può *recte* stabilire col proprio cliente la ricompensa dovuta alle sue fatiche prima di prestarle, sarebbe stata ingiusta una disposizione proibitiva per gli avvocati soltanto (2). »

---

(1) V. Borsari, *Comm. del Codice civile italiano*, Vol. IV, parte I, § 3496.

(2) Corte di Cassazione di Napoli; sentenza dei 18 novembre 1887; nella *Legge*, anno XXVIII, Vol. I, pag. 592.

II.

Delle cose che non si possono vendere

Nel Progetto del Codice civile, sottoposto all'esame della Commissione Coordinatrice, la rubrica di questo capitolo era la seguente: *Delle cose che si possono vendere,* e nel primo articolo del suddetto capitolo era detto: « Si possono vendere tutte le cose che sono in commercio, quando leggi particolari non ne abbiano vietata l'alienazione. » Su proposta del Pisanelli, la Commissione deliberò la soppressione di questo articolo, sembrando inutile la dichiarazione ivi racchiusa a fronte del principio generale, altrove proclamato, il quale dice che le sole cose che sono in commercio possono formare oggetto di contratto; e, come conseguenza di tale soppressione, alla rubrica del capitolo, *Delle cose che si possono vendere*, aggiunse l'avverbio *non*, dicendo: *Delle cose che non si possono vendere* (1). Nei tre articoli, di cui si compone questo capitolo, in tre casi è dichiarata la nullità della vendita: 1.° quando ha per oggetto la cosa altrui; 2.° quando ha per oggetto diritti di successione di una persona vivente; 3.° quando ha per oggetto una cosa che al tempo del contratto era interamente perita. All'esame dommatico degli articoli dobbiamo premettere alcune considerazioni generali.

Alla essenza della vendita è necessaria una cosa che ne formi l'oggetto. « Nec emptio nec venditio sine re quae veneat potest intelligi. » (L. 8, D. *de contrahenda emptione*). Non solo le cose presenti, ma eziandio le cose future possono formare oggetto del contratto di vendita. Ma allora soltanto è valida l'obbligazione contrattuale sopra una cosa futura, quando le parti hanno considerata la cosa come futura, ed hanno procrastinata l'esecuzione dell'obbligazione al tempo in cui la cosa avrà la esistenza. Il giureconsulto romano ce ne presenta degli esempi: « Id quod ex Arethusa ancilla natum erit; aut fructus qui in fundo Tusculano nati erunt. » (L. 75, § 4, D. *de verborum obligationibus*). Invece: « Si quis vendit rem, quae non existit, nec futura speratur, nulla con-

(1) Verb. num. 37 della Commissione Coordinatrice.

trahitur obligatio: etiamsi aliquando extiterit (1). » È impossibile un'obbligazione contrattuale su cosa non esistente, quando le parti l'hanno considerata attuale. Hanno pretesa una esecuzione impossibile. E poichè, *quod initio vitiosum est non potest tractu temporis convalescere,* un'obbligazione contrattuale di questa fatta, nata morta come è, non prende vigore nemmeno se in progresso di tempo la cosa pattuita acquista effettivamente sussistenza (2).

Talvolta, come insegna il giureconsulto Pomponio, la vendita è valida, anche quando sembra che non abbia oggetto, nè presente, nè futuro. « Aliquando et sine re venditio intelligitur. » (L. 8, D. *de contrahenda emptione*). Sebbene, allora, la vendita sembra senza oggetto, è il rischio, *spes, alea,* che forma l'oggetto del contratto. Come dice il giureconsulto, nel frammento dianzi citato: « Emptio enim contrahitur, etiamsi nihil inciderit; quia spei emptio est (3). » Su questo frammento di Pomponio, gli interpreti hanno costruita una delle più eleganti teorie del Diritto civile, già accennata parlando dei contratti in genere. Noi preferiamo lo svolgimento che ce ne presenta Wolfango Lauterbach, il quale distingue tre casi: compra della speranza, compra di una cosa sperata, compra di una determinata quantità di cose che possono esistere in un tempo posteriore al contratto.

1) Si avvera la compra della speranza, *emptio spei,* quando taluno compra soltanto la speranza dei frutti nascituri, della selvaggina, dei pesci, degli uccelli; e compra la speranza « tanquam aleam et sortem; quod factum censetur, si ipsum actum capiendi vel percipiendi in contractum deduxerit. » In tal caso, poichè *spes fortunae* si è comprata, il contratto deve giudicarsi valido, ed il prezzo deve pagarsi, « sive multum, sive parum, sive nihil sit natum, nihilque sit captum (4). »

---

(1) V. Lauterbach, *Collegium Pandectarum*, Lib. XVIII, tit. I, § XVI; Tubingae, 1784.

(2) V. Giorgi, *Teoria delle obbligazioni nel Diritto moderno italiano,* Vol. III, num. 294; Firenze, 1877.

(3) V. Molitor, *Les obligations en Droit romain avec l'indication des rapports entre la législation romaine et le Droit français*, Vol. I, num. 375; Paris, 1866.

(4) « Jactus retis dicimus in idiotismo, *acheter un traist.* » Cu-

2) Si avvera la compra di una cosa sperata, *emptio rei speratae*, quando taluno compra « directe ipsas res futuras, verbigratia fructus nascituros, ipsas feras, pisces, aves, quas venditor ceperit. » Mentre l'*emptio spei* è pura e semplice, nell'*emptio rei speratae* vi ha la tacita condizione, che il contratto deve ritenersi valido, *si aliquid natum vel captum fuerit*. Quindi, osserva il Lauterbach, se nulla è nato, se nulla fu preso, « contractus ab initio validus, retroredditur nullus, nec quidquam venditori debetur, et pretium solutum repetitur condictione causa data, causa non secuta.» Se poi sono nati dei frutti, o fu presa qualche cosa, sebbene in tenue quantità, persiste la efficacia della vendita, e il compratore è obbligato al pagamento dell'intero prezzo, imperciocchè il contratto fu fatto *per aversionem*.

3) Non si deve confondere coll'*emptio spei* e coll'*emptio rei speratae,* la compra di una quantità di cose determinate a numero, peso o misura, tra quelle che potranno nascere o potranno prendersi. Ad esempio: « pro decem modiis frumenti ex illo fundo nascituri, vel pro 10 feris quas ceperis, dabo 20; vel pro singulis feris, aut pro singulis libris piscium dabo 10. » In tal caso, se le cose son nate o si son prese in quantità minore, la vendita permane nella sua efficacia, ma il prezzo deve pagarsi in proporzione di ciò che riceve il compratore. « Hoc casu, si minus natum, vel captum fuerit, quia conditio hoc casu non collective, sed distributive inest, emtio saltem in illo putatur contracta, et proinde subsistit quidem emtio, sed pretium debetur tantum pro quantitate ejus, quod captum vel natum. » E, nei singoli casi, si deve aver riguardo alla intenzione dei contraenti, *qua mente res fuerint emtae et venditae, videndum est*, osserva il Lauterbach (1).

Premesse queste osservazioni generali, dobbiamo ora procedere all'esame dei tre articoli del Codice, contenuti sotto questo capitolo.

A) *Vendita della cosa altrui.* — Statuisce l'art. **1459**: « La vendita della cosa altrui è nulla: essa può dar luogo

---

iacio, *Recitationes solemnes,* Comm. ad tit. XLVII, Lib. VII Cod. (Vol. IX, col. 1075 dell'ediz. napoletana del 1758).

(1) V. Lauterbach, *Collegium Pandectarum,* Lib. XVIII, tit. I, §§ XXIV a XXVI; Tubingae, 1784.

al risarcimento dei danni, se il compratore ignorava che la cosa era d'altri. La nullità stabilita da questo articolo non si può mai opporre dal venditore. » Questa disposizione, *la vendita della cosa altrui è nulla,* rispondente a quella racchiusa nell'articolo 1599 del Codice francese, è fondata sul principio, che la trasmissione immediata della proprietà, la quale trasmissione è lo scopo diretto e precipuo del contratto di vendita, riesce impossibile quando la cosa venduta non appartiene al venditore. Se io voglio trasferire la proprietà di una cosa, fa d'uopo che sia proprietario di questa cosa; imperciocchè *nemo plus juris ad alium transferre potest quam ipse habet* (L. 54, D. *de diversis regulis juris*). Se l'antico Diritto francese, conformandosi al sistema del Diritto romano, ammetteva la validità della vendita della cosa altrui, ciò era per la ragione che reputavasi avere il venditore contratta, non già l'obbligazione di trasferire nel compratore la proprietà della cosa venduta, ma quella soltanto di metterlo in possesso di tale cosa, e di garantire a lui questo possesso (1). Ma la disposizione, che dichiara nulla la vendita della cosa altrui, non impedisce che quando ambedue le parti riconoscono una cosa come appartenente ad un terzo, possono tuttavia convenire fra di loro, che l'una di esse si obblighi a far vendere all'altra quella cosa dal vero proprietario, o la venda colla promessa della ratifica per parte di quest'ultimo, sottoponendosi al risarcimento dei danni qualora nè la vendita nè la ratifica siasi ottenuta. La convenzione, per mezzo della quale si prometta di far vendere, o si venda la cosa altrui con obbligazione di ratifica da parte del proprietario, salvo il caso di speciale patto in contrario, è pura e semplice, e non dipende da alcuna condizione sospensiva che ne ritardi l'efficacia. Nella specie trattasi di una obbligazione di procurare la vendita, o di far ratificare la vendita, da chi ha diritto di vendere egli stesso; e questa obbligazione è permessa dall'articolo 1129 del Codice civile (2).

La nullità della vendita della cosa altrui può essere proposta, sotto forma di eccezione, dal compratore convenuto pel pagamento del prezzo. Il venditore, anche di buona fede, è

(1) V. Aubry e Rau su Zachariae, Vol. I, § 351.

(2) Corte di Cassazione di Torino; sentenza dei 5 maggio 1870; nella *Giurisprudenza italiana,* anno 1870, parte I, pag. 491.

tenuto al risarcimento dei danni verso il compratore, se costui ignorava il vizio della vendita. Quegli, invece, che compra scientemente la cosa altrui, non ha diritto ad essere risarcito dei danni; egli è stato di mala fede. Questo è appunto il concetto del compratore di mala fede, che ci presenta il Cuiacio, commentando un frammento di Paolo (L. 27, D. *de contrahenda emptione*): « Malae fidei emptor est, qui scit rem quam emit non esse vendentis. » Il compratore può ancora, sebbene sia stato messo in possesso della cosa, e non abbia ancor ricevuta alcuna molestia, provocare per via di azione principale l'annullamento della vendita, e la restituzione del prezzo coi suoi accessorî, quando pure il venditore sia stato di buona fede. In favore appunto del compratore è stata fatta la disposizione dell'articolo 1459. Il legislatore non ha voluto che egli restasse in uno stato d'incertezza e di timore. « Le législateur a cru qu'il était juste de lui permettre de prendre l'initiative, afin de se débarasser des liens d'un engagement qui doit tôt ou tard aboutir à une eviction (1). » Il compratore ragionevolmente non poteva essere astretto a restare, per un tempo più o meno lungo, in una condizione precaria, esposto ai legittimi reclami del vero proprietario. È il caso di richiamare ciò che dice in altra occasione il giureconsulto romano: *lex effecit providenter.*

Statuisce il capoverso dell'articolo 1459, che la vendita della cosa altrui non si può mai opporre dal venditore. Il nostro legislatore, con ottimo consiglio, ha chiuso l'àdito alla grave quistione che si agita in Francia, se anche il venditore possa eccepire la nullità od agire per la nullità della vendita della cosa altrui. Il venditore non può mai domandare l'annullamento della vendita e la restituzione della cosa. A lui verrebbe opposta la massima: *quem de evictione tenet actio, eumdem agentem repellit exceptio.* D'altra parte, questo venditore, non essendo proprietario della cosa, non avrebbe alcuna qualità per domandarne la restituzione.

Gli annotatori dello Zachariae, l'Aubry ed il Rau, hanno insegnato, che la nullità della vendita della cosa altrui non può essere sanata dal fatto che il venditore, posteriormente alla vendita, sia diventato, come successore particolare od universale, proprietario della cosa venduta. Il compratore

(1) V. Troplong, *De la vente,* num. 238.

anche in tal caso, può domandare, per via di eccezione, l'annullamento della vendita, quando non l'abbia in sèguito confermata. Le condizioni necessarie alla validità di un contratto debbono esistere al tempo in cui questo viene conchiuso; od, almeno, l'esistenza loro non deve dipendere dal beneplacito di una delle parti. Ora, ammettendo l'opposta teoria, sarebbe in potere del venditore, secondo che gli tornasse o no a grado, di accordarsi col proprietario della cosa venduta, per sanare o lasciar sussistere la nullità di cui la vendita è viziata (1). Altri scrittori hanno ritenuto, che la vendita della cosa altrui si convalida per avere il venditore acquistate le ragioni del vero proprietario, semprechè l'acquisto ebbe luogo prima che il compratore avesse proposta la nullità della vendita; non si convalida, se l'acquisto è posteriore alla domanda promossa dal compratore. E questa teoria si trova accolta in una sentenza della Corte di Cassazione di Torino: « Se non può negarsi una qualche oscillazione nella giurisprudenza, quando si trattò della specie in cui il venditore fosse divenuto proprietario della cosa venduta prima della domanda in nullità della vendita, è però costante che la giurisprudenza si trova concorde nell'escludere la convalidazione, quando la proprietà della cosa venduta passò nel venditore, dopo che la questione in nullità già fosse stata giudizialmente istituita. Nel primo caso la convalidazione potrebbe sostenersi col dire, che sino a tanto che il compratore non abbia manifestato la sua intenzione di voler nulla la vendita, si deve presumere che continui la sua volontà a ritenerla valida; e così si verifichi il consenso di ambe le parti in tempo in cui il venditore può soddisfare alla sua obbligazione di trasmettere nel compratore la proprietà della cosa vendutagli. Nel secondo caso, invece, il consenso simultaneo di ambedue le parti nel tempo anzidetto resta del tutto escluso, perchè il compratore già lo ebbe a rivocare col proporre la domanda in nullità della vendita, prima che il venditore fosse in grado di fare la trasmissione della proprietà della cosa venduta a chi l'aveva comprata, e l'acquisto posteriore per parte del venditore non può distruggere il diritto formante l'oggetto della domanda in nullità, già prima legalmente proposta (2). »

(1) V. Aubry e Rau su Zachariae, Vol. I, § 351.

(2) Corte di Cassazione di Torino; sentenza dei 29 agosto 1871; nella *Giurisprudenza italiana*, anno 1871, parte I, pag. 593.

Ma la più parte degli espositori del Codice francese e del Codice italiano propugna una teoria opposta a quella enunciata dall'Aubry e dal Rau, e non ammette neanche la limitazione accolta nel pronunziato del Supremo Collegio di Torino. Quando il venditore è divenuto proprietario, il compratore si trova al sicuro da qualunque evizione: esso diventa proprietario della cosa che ha acquistato. E, veramente, osserva il Laurent, il venditore si è obbligato a trasferire la proprietà della cosa, ed il compratore ha stipulato l'acquisto della proprietà; vi ha dunque il concorso di consenso *in idem placitum.* « Si la propriété n'a pas été transferée, c'est que le vendeur n'était pas propriétaire; cet obstacle disparaît lorsque le vendeur acquiert la propriété; dès ce moment, la transmission de la propriété s'opére et, par suite, la vente devient pleinement valable. » E ciò si avvera anche quando il venditore acquista il dominio della cosa, dopo che il compratore ha iniziato il giudizio di nullità. Il compratore che agisce per nullità, non dichiara certamente ch'egli non vuole essere proprietario; questa dichiarazione non avrebbe senso, imperciocchè egli ha comprato appunto allo scopo di diventare proprietario. Il compratore, promovendo il giudizio per nullità, manifesta questo concetto che, non potendo il venditore trasmettergli il dominio della cosa, egli, il compratore, domanda la nullità della vendita. Ora ciò implica che il compratore consentirebbe al mantenimento della vendita, se il venditore gli potesse trasferire il dominio della cosa. Dunque il consenso del compratore di diventare proprietario permane sino all'annullamento della vendita. « Il en faut conclure que l'action en nullité tombe du moment que le vendeur est devenu propriétaire (1). » Il Pacifici-Mazzoni, dopo di aver risposto alle « sottigliezze più che ragioni » addotte dall'Aubry e dal Rau, censura anche la teoria cui faceva plauso la Cassazione di Torino. La nullità della vendita della cosa altrui non ha per fondamento errore di consenso, prestazione o negazione del medesimo, sibbene la tutela dell'interesse del compratore. Or quando questo interesse è fatto salvo dall'acquisto della proprietà, necessariamente vien meno la tutela, e con questa l'azione di nullità che n'era il mezzo. Nè basta che l'interesse dell'azione esista nel principio dell'esercizio

(1) V. Laurent, *Principes de droit civil,* Vol. XXIV, num. 121.

di essa, ma bisogna eziandio che permanga sino al giudicato, perchè l'attore possa proseguirne il corso (1).

L'azione di nullità della vendita della cosa altrui si prescrive con cinque anni. Giusta la prima parte dell'art. 1300, « le azioni di nullità o di rescissione di un contratto durano per cinque anni in tutti i casi, nei quali non siano state ristrette a minor tempo da una legge particolare. » Quando il compratore ha fatto scorrere inutilmente il quinquennio, non può prendere l'iniziativa contro il venditore, e deve attendere la sua evizione per agire in garantìa, giusta l'art. 1486 del Codice. Ma *quid juris* in rapporto al vero proprietario della cosa che altri ha venduta? Questo proprietario non domanda la nullità del contratto fatto *a non domino;* imperciocchè non è astretto a chiedere questa nullità, essendo per lui il contratto *res inter alios acta.* La sua azione è un'azione di revindicazione. Essa prende la sua origine nel diritto di proprietà, che presso di lui è rimasto integro malgrado ciò che altri ha fatto per attaccarlo; mentre che l'azione di cui è parola nell'articolo 1300, *azione di nullità*, è un'azione personale, diretta a sciogliere il legame prodotto dal contratto. Il vero proprietario non perde dunque il suo diritto che colla prescrizione di dieci o di trenta anni, secondo le circostanze (2). Qui però dobbiamo richiamare un principio affermato dalla Corte di Cassazione di Napoli. Si avvera questo caso. Tizio vende la cosa altrui. Ma Sempronio, proprietario di questa cosa, si costituisce mallevadore della validità della vendita. È consentito a Sempronio, che prese parte al contratto, impugnare la validità della fideiussione, come prestata per una obbligazione in sè nulla? La Cassazione decise negativamente, e a buon diritto. « La fideiussione solidale, collocando i fideiussori nel posto medesimo del venditore, anzi costituendone la identica persona giuridica (art. 1186, 1907), quanto all'obbligo di mantenere il compratore nel dominio e possesso del fondo venduto, pel dettato dell'articolo 1459 li fuorchiude dall' eccezione di nullità. Vero ed indiscutibile, che la fideiussione data per un'obbligazione nulla non ha giuridica consistenza (art. 1899). Ma questa massima non è da applicarsi

(1) V. Pacifici-Mazzoni, *Trattato della vendita,* Vol. I, num. 115 e 117.

(2) V. Troplong, *De la vente,* num. 239.

alla specie, in cui dalla esistenza ovvero no della fideiussione dipende la decisione della nullità o validità della vendita, ossia della facoltà nei fideiussori di venir elevando la eccezione di nullità. E però a menar buona questa parte del reclamo bisognerebbe far passare la petizione di principio, e quindi l'assurdo, che possa ritenersi nulla *a priori* la vendita, la cui validità dipende essenzialmente dall'efficacia della fideiussione (1). »

Statuisce l'art. 59 del vigente Codice di commercio: « La vendita commerciale della cosa altrui è valida. Essa obbliga il venditore a farne l'acquisto e la consegna al compratore sotto pena del risarcimento dei danni. » Il Vidari, svolgendo la teoria della vendita della cosa altrui, nei rapporti commerciali, osserva che « l'antinomia del Codice civile con quello di commercio non è che apparente. » Il precetto dell'articolo 1459 del Codice civile deve limitarsi ai beni immobili. Riguardo ai beni mobili per loro natura ed ai titoli al portatore, il possesso produce a favore dei terzi di buona fede gli stessi effetti del titolo (art. 707 Cod. civ.). Ancora: se la cosa che taluno si è obbligato con successive convenzioni di dare o consegnare a due persone, è un mobile per natura o un titolo al portatore, quella fra esse, a cui fu dato il possesso, sarà preferita all'altra, sebbene il suo titolo fosse posteriore di data, purchè il possesso sia di buona fede (articolo 1126 Cod. civ.) (2).

B) *Vendita dei diritti di successione di una persona vivente.* — L'articolo 1118, dopo di avere statuito, che anche le cose future possono formare oggetto di contratto, soggiunge nel capoverso: « Non si può rinunziare però ad una successione non ancora aperta, nè fare alcuna stipulazione intorno alla medesima, sia con quello della cui eredità si tratta sia con terzi, quantunque intervenisse il consenso di esso. » L'articolo 1460 applica il divieto generale al contratto di vendita: « È nulla la vendita dei diritti di successione di una persona vivente, ancorchè questa vi acconsenta. » Nelle fonti del Diritto troviamo assegnate due ragioni, che spiegano il

---

(1) Corte di Cassazione di Napoli; sentenza degli 11 marzo 1876; nella *Giurisprudenza italiana*, anno 1876, parte I, pag. 639.

(2) V. Vidari, *Corso di Diritto commerciale*, Vol. IV, num. 2019 a 2021; Milano, 1880.

fondamento del sistema della legge, in forza del quale sono interdette le convenzioni circa le successioni non ancora aperte. Queste convenzioni, in primo luogo, sono vietate, perchè alla loro efficacia si oppone la natura medesima di ciò che è dedotto in convenzione. « Si hereditas venierit ejus qui vivit, aut nullus sit, nihil esse acti: *quia in rerum natura non sit quod venierit.* » (L. 1, D. *de hereditate vel actione vendita*). Queste convenzioni, in secondo luogo, son vietate avuto riguardo a considerazioni di morale. « Quoniam *adversus bonos mores et jus gentium festinasset.* » (L. 29, § 2, D. *de donationibus*). « Nobis omnes hujusmodi pactiones odiosae esse videntur, et plenae tristissimi et *periculosi eventus.* » (L. 30, Cod. *de pactis*). Tenuto conto della immoralità del contratto, il Diritto romano non si limitava ad annullarlo, come ha fatto il Diritto moderno; il Diritto romano puniva inoltre il cedente privandolo del suo diritto eventuale alla successione: *hereditas ei ut indigno aufertur* (L. 2, § 3, D. *de his quae ut indignis auferuntur*; L. 30, D. *de donationibus*). È questa la formola di cui si serve il giureconsulto Marciano (1).

Insegnano concordemente gli scrittori, che si deve ravvisare una vendita dei diritti di successione di una persona vivente non solo quando il contratto ha per oggetto la *universalità* o una *quota parte* della eredità, ma anche nel caso che formi oggetto del contratto una *res singularis*, cui il venditore non ha diritto che in qualità di erede presuntivo. Ma vuolsi notare, che non si deve confondere la vendita della cosa altrui con la vendita dei diritti di successione di una persona vivente. Ogni vendita dei diritti di successione di una persona vivente contiene necessariamente in sè una vendita della cosa altrui; ma non si può affermare, per reciprocanza, che la vendita della cosa altrui importi la vendita dei diritti di successione di una persona vivente. La vendita della cosa altrui è il genere; la vendita dei diritti di successione di una persona vivente è la specie, ma una specie accompagnata da circostanze aggravanti. La nota d'immoralità che la vizia impone che questa ultima vendita sia collocata in una classe particolare. Essa si ribella ai dettami dell'ordine

(1) V. Maynz, *Éléments de Droit romain*, Vol. II, § 292; Bruxelles, 1859.

pubblico, mentre che, per sè stessa, la semplice vendita della cosa altrui non è in opposizione che coi dettami del diritto civile. Il Troplong ricorda un arresto della Cassazione francese, dei 23 gennaio 1832, il quale decise in tal guisa: se alcuni figli, creditori ipotecari del loro padre, vendono all'amichevole, per evitare spese, l'immobile che loro è ipotecato, è questa una vendita della cosa altrui, ma non già una vendita dei diritti di successione di una persona vivente. La qualità di creditore ha il predominio su quella di erede presuntivo. Il Troplong approva questa decisione, osservando che, nella specie, vuolsi ritenere, che la qualità di creditore « a été seule le mobile de l'acte, tandis que celle d'héritier n'a pas été prise en considération, et qu'on pourrait l'effacer sans rien changer au rôle des parties (1). » La distinzione, nei singoli casi, tra semplice vendita della cosa altrui e vendita dei diritti di successione di una persona vivente, è importantissima. La vendita della cosa altrui è capace di conferma; mentre che la vendita dei diritti di successione d'una persona vivente, essendo contraria all'ordine pubblico, deve reputarsi inesistente, e quindi incapace di essere confermata. Il Larombière si arresta lungamente su altre conseguenze pratiche che derivano dalla distinzione enunciata superiormente. Crediamo opportuno di richiamarne una, che ci sembra la più notevole. Quando vi è un patto espresso sopra una successione futura, vendita esplicita di cose dipendenti da una successione non aperta, tutte le parti hanno contrattato in mala fede, imperciocchè esse hanno fatto una convenzione contraria alle proibizioni della legge, *que tout le monde est censé connaître*. Il compratore non può invocare contro chicchessia, nè contro il venditore, nè contro i terzi, i privilegi inerenti alla buona fede, sia per l'appropriazione dei frutti, sia per il risarcimento dei danni, sia per l'usucapione decennale. Il suo titolo è ingiusto, ed apertamente vizioso. Invece, quando l'atto non presenta la nota di una convenzione colpita dal divieto della legge, con gli articoli 1118 e 1460 (articoli 1130 e 1600 del Codice francese), siccome vi è luogo alla buona fede da parte del compratore, egli può domandare la nullità della vendita contro il suo venditore, ottenere contro di lui il risarcimento dei danni, appropriarsi i frutti, gio-

(1) V. Troplong, *De la vente*, num. 247

varsi della prescrizione decennale contro il vero proprietario, stipulare infine nel contratto una clausola penale per i casi di molestia o di evizione (1).

C) *Vendita di una cosa che al tempo del contratto era interamente perita.* — Statuisce il Codice nell'articolo 1461: « La vendita è nulla, se al tempo del contratto era interamente perita la cosa venduta. Se ne fosse perita soltanto una parte, il compratore ha la scelta o di recedere dal contratto, o di domandare la parte rimasta facendone determinare il prezzo mediante stima proporzionale. » Nell'articolo dianzi riferito, corrispondente all'articolo 1601 del Codice francese, sono prevedute due ipotesi. La prima, totale perimento della cosa cui la vendita si riferisce. La seconda, perimento parziale della cosa medesima. Noi esamineremo distintamente ciascuna delle due ipotesi raffigurate dal Codice.

1) Abbiamo osservato in sede propria, che una delle condizioni essenziali del contratto di vendita è la cosa, *res*. Mancando questa cosa, la vendita è inesistente. Ho comprato una casa, ignorando, al pari del venditore, che essa al momento della stipulazione era già stata preda delle fiamme. Il contratto non ha oggetto, e quindi non esiste. La permanenza del suolo non può dare esistenza alla vendita, imperciocchè io voleva comprare una casa, e non un semplice suolo. Tale è appunto la decisione del giureconsulto romano: « Domum emi, cum eam et ego et venditor combustam ignoremus. Nerva, Sabinus, Cassius, nihil venisse, quamvis area maneat: pecuniam solutam condici posse ajunt. » (L. 57, D. *de contrahenda emptione*). Su questo frammento nota la Glossa, che quando si tratta di perimento totale della cosa, *non est haesitatio;* si deve giudicare inesistente la vendita *propter defectum substantiae.* Ed il Voet: « Sine re, quae veneat, nulla emtio, nulla venditio est. Unde si res vendita perierit in universum ante contractum, ignaris contrahentibus, nihil utrumque actum intelligitur (2). » Il Codice italiano, riproducendo l'erronea locuzione del Codice francese, dichiara *nulla* la ven-

(1) V. Larombière, *Théorie et pratique des obligations*, Vol. I, sull'art. 1130 del Codice francese, num. 24 e 25; Paris, 1885.

(2) V. Voet, *Comm. ad Pandectas,* Lib. XVIII, tit. I, num. 21; Hagae-Comitum, 1731.

dita, se al tempo del contratto era interamente perita la cosa venduta. La vendita, come abbiamo superiormente osservato, deve, in tal caso, giudicarsi *inesistente*. Il Marcadé lo ha dimostrato con chiarezza meridiana. Nella ipotesi di totale perimento, poichè la cosa dedotta in contratto non esisteva, riesce evidente che l'obbligazione del venditore non si è formata, per mancanza di oggetto, e l'obbligazione del compratore non ha potuto avere il suo nascimento, per mancanza di causa. Il contratto è dunque inesistente. Donde promana la conseguenza, che se il compratore ha pagato il prezzo, può ripeterlo *(pecuniam solutam condici potest)* durante un trentennio, e non già solo durante un quinquennio. Nella specie non è applicabile il precetto racchiuso nell'articolo 1300 del Codice: « Le azioni di nullità o di rescissione di un contratto durano per cinque anni, in tutti i casi, nei quali non siano state ristrette a minor tempo da una legge particolare. » Il precetto di questo articolo riguarda gli atti *annullabili* e *rescindibili*. Ma è chiaro che non si può *annullare*, non si può *rescindere* una vendita che non esiste. Il compratore il quale ha pagato il suo prezzo, nella ipotesi di totale perimento della cosa al momento del contratto, non viene ad impugnare la vendita, egli viene a ripetere il suo prezzo per averlo pagato senza causa. Egli invoca, a conforto della sua domanda, il principio fondamentale di diritto, che il Codice ha affermato solennemente in due articoli. Colui che per errore o scientemente riceve ciò che non gli è dovuto, è obbligato a restituirlo a colui dal quale lo ha indebitamente ricevuto (articolo 1145). Ogni pagamento presuppone un debito: ciò che è pagato senza essere dovuto, è ripetibile (art. 1237). Se, dopo il trentennio dal pagamento, *pecuniam solutam condici non potest,* ciò si avvera non perchè la inazione del compratore, per un trentennio, ha vivificata una vendita inesistente, ovvero ha fatto estinguere un' azione di nullità, che neppure poteva esistere. In rapporto agli atti inesistenti, è principio fondamentale, che il tempo *vim nullam effectricem habet.* Dopo il trentennio, il compratore non può ripetere *pecuniam solutam*, perchè la sua inazione ha prodotto la estinzione del diritto di credito, cui aveva dato nascimento l' indebito pagamento. In tal caso si applica il principio generale fermato nell'articolo 2135 del Codice, che tutte le azioni tanto reali quanto personali si prescrivono col decorso di trent'anni, senza

che possa in contrario opporsi il difetto di titolo o di buona fede (1).

2) *Quid juris* nella ipotesi di perimento parziale della cosa venduta? Il Diritto romano in proposito ci presenta una distinzione, che il Codice non ha seguìta. Il frammento di Paolo prevede la ipotesi che oggetto della vendita sia una casa, ch' è perita in parte al tempo del contratto. Quando è perita la parte più considerevole della casa, il compratore non è tenuto all'osservanza della vendita; quando ne è perita la metà, od una parte minore, il compratore *coarctandus est venditionem adimplere,* salvo a tener conto dei danni cui la casa è andata soggetta. « Si pars domus maneret, Neratius ait, in hac quaestione multum interesse, quanta pars domus incendio consumpta permaneat: ut, si quidem amplior domus pars exusta sit, non compellatur emptor perficere emptionem: sed etiam, quod forte solutum ab eo est, repetet: sin vero vel dimidia pars, vel minor quam dimidia, exusta fuerit, tunc coarctandus est emptor venditionem adimplere, aestimatione viri boni arbitratu habita, ut, quod ex pretio propter incendium decrescere fuerit inventum, ab hujus praestatione liberetur. » (L. 57, D. *de contrahenda emptione*). Il compratore ha voluto acquistare una casa, ed una casa a lui è venduta; la rovina di una porzione eguale od inferiore alla metà non toglie all'oggetto della vendita la qualità di una casa. *Parte maxima domus remanente, dicitur domus remanere;* osserva la Glossa sul frammento di Paolo.

Il Pothier mostrò un' aperta riluttanza ad accettare la teoria insegnata dai giureconsulti romani (2). Alla sottigliezza del diritto deve essere preferita la intenzione delle parti. Ora, non si avvera quasi sempre, che il compratore in tanto compra una cosa in quanto crede che essa esista nella sua interezza? Con miglior consiglio, il Codice francese ed il Codice italiano, nel caso di perimento parziale, han dato facoltà al compratore di recedere dal contratto, o di domandare la parte rimasta, facendone determinare il prezzo mediante stima proporzionale. Nel sistema della legge, la scelta non è subordinata alla entità della parte rimasta o perita, ma è la-

(1) V. Marcadé, *Explication du Code civil,* sull'art. 1601 del Codice francese, num. I.

(2) V. Pothier, *Traité du contrat de vente,* num. 4.

sciata all'arbitrio del compratore. Il solo compratore deve decidere. Ad esempio, acquisto una casa per abitazione mia e della famiglia; un'ala della medesima, per terremoto, franatura del suolo, o incendio, è perita. La parte centrale e la seconda ala superano di gran lunga la parte perita. Ma, in primo luogo, a me bisognava tutta la casa. In secondo luogo, mi bisognava subito, e non dopo uno o due anni occorrenti alla ricostruzione. In fine, non intendo punto di procedere, a mio rischio e pericolo, alla ricostruzione della parte rovinata, per quante dimostrazioni mi vengano fatte che la parte di prezzo, la quale rimarrà nelle mie mani, coprirà ad esuberanza le spese della medesima. Del pari, compro un podere, che nella sua interezza basta ad alimentare una famiglia colonica; diminuito della parte seminativa asportata dal fiume, la famiglia coltivatrice non ci può vivere; nè io intendo di affidarne la coltivazione a giornalieri. Ora, non è manifesto in queste due ipotesi, e in tutte le altre simili, che io non avrei avuto interesse, e così neppure avrei consentito ad acquistare la casa rovinata, sia pure nella parte minore, o il podere diminuito dalla corrosione o dalla violenza delle acque (1)?

Nel caso di perimento parziale della cosa venduta al tempo del contratto, il Pothier insegnava che il compratore poteva domandare la *risoluzione* del contratto; il Codice francese (art. 1601) in questo caso riconosce nel compratore la facoltà d'*abandonner la vente,* sempre che non preferisca di domandare la parte rimasta, facendone determinare il prezzo mediante stima proporzionale. Il nostro Codice, calcando le orme del Codice francese, non parla di *risoluzione;* statuisce, invece, che il compratore può *recedere dal contratto*, quando non voglia chiedere ciò ch'è rimasto della cosa venduta, da estimarsi col criterio dianzi enunciato. Tra la dottrina insegnata dal Pothier, e quella seguìta dal Codice francese e dal Codice italiano, vuolsi notare una grave differenza. La *risoluzione* suppone che la vendita esista; pur concedendo la legge il diritto di farla risolvere in conseguenza di una condizione risolutiva tacita, che ha il suo fondamento nella intenzione dei contraenti. Invece il diritto di *recedere dal contratto* (*abandonner la vente*), importa il concetto,

(1) V. Pacifici-Mazzoni, *Trattato della vendita,* Vol. I, num. 49.

che la vendita non è formata definitivamente, e che dipende dalla volontà del compratore mantenerla o non mantenerla. È questa una differenza essenziale fra la dottrina del Pothier, e quella accolta dal Codice italiano, sulle orme del francese. L'articolo 1461 dà la scelta al compratore tra l'abbandono e il mantenimento della vendita. Il Pothier, invece, mantiene la vendita, in principio, permette soltanto al compratore di chiedere la risoluzione, e, per ottenere la risoluzione, egli deve provare che non avrebbe comprato se avesse saputo che la cosa era perita in parte. È il giudice che pronunzia la risoluzione; è il compratore che recede dal contratto (1).

Il compratore, come statuisce espressamente il Codice, invece di recedere dal contratto, può domandare la parte rimasta della cosa venduta, e il prezzo ne sarà determinato *mediante stima proporzionale*. Questa è la formola adoperata dal nostro Codice; essa risponde a quella usata nell'art. 1601 del Codice francese, *en faisant déterminer le prix de la ventilation*. Difatto gli espositori del Codice francese, e citiamo specialmente il Colmet de Santerre, così spiegano la voce *ventilation*. S'intende per *ventilazione*, non già la stima reale che ha la parte rimasta della cosa venduta, ma una stima che prende per base il prezzo fissato dal contratto per la totalità della cosa, e determina il prezzo della parte conservata in proporzione col prezzo primitivo. Ma noi crediamo opportuno di richiamare l'insegnamento degli scrittori in rapporto al vero significato di queste formole, *stima proporzionale*, *ventilazione*. Nella ipotesi preveduta dal capoverso dell'articolo 1461, la proporzione non deve stabilirsi materialmente, far cioè corrispondere al terzo della cosa perita la diminuzione di un terzo del prezzo; e ai due terzi della parte rimasta, due terzi del prezzo pattuito. Tale proporzione potrebbe essere ingiustissima, a danno tanto del venditore quanto del compratore, e perciò, in questo secondo caso, potrebbe rendere frustranea nel compratore la facoltà di mantener fermo il contratto; imperciocchè non se ne varrebbe, certamente, quando dovesse soffrirne danno. La proporzione deve stabilirsi fra i valori. Quale è il valore della parte rimasta in confronto o in proporzione del valore della cosa intera? Ecco il

(1) V. Laurent, *Principes de droit civil*, Vol. XXIV, num. 81.

criterio che deve essere seguìto. Ad esempio, se il podere venduto era stato stimato 100,000, e la violenza delle acque ne ha asportato il vigneto che ne rappresentava il quarto del valore (quale ne fosse la proporzione nella estensione materiale, nulla importa), dovrà detrarsi dal prezzo totale questo quarto, cioè si debbono detrarre lire 25,000. La parte rimasta conserva il valore di 75,000; e questa somma sarà pagata dal compratore. Quando, come nel caso dianzi figurato, oggetto della vendita sia un fondo rustico, per far la stima proporzionale, raramente deve prendersi in considerazione altro elemento. Ma quando trattasi di un edifizio, il perimento di una parte di esso diminuisce sempre o quasi sempre il valore dell'altra. Dovrà quindi, nella stima proporzionale, tenersi conto anche di tale diminuzione, per determinare il prezzo della cosa rimasta. Ad esempio, una casa intera vale 100,000, e ne perisce un quarto in tutto simile alle tre quarte parti rimaste, queste non conservano certo il valore di 75,000, perchè il perimento di una parte della casa reca detrimento, sino ad un certo limite, a ciò che è rimasto, che bisogna parzialmente demolire, non pure per la ricostruzione, ma eziandio per la riparazione (1).

Un'ultima osservazione dobbiamo fare in rapporto al capoverso dell'articolo 1461. Ciò che si è detto pel caso in cui v'ha perdita parziale della cosa venduta, al tempo del contratto, deve applicarsi anche al caso in cui si tratti della vendita di due cose, delle quali l'una non si sarebbe comprata senza l'altra. La perdita, al tempo del contratto, di una di queste due cose dà luogo all'applicazione della regola sancita nel capoverso dell'articolo 1461. Nel compratore non potrebbe ragionevolmente disconoscersi la facoltà di recedere dal contratto, ovvero di chiedere la cosa non perita, facendone determinare il prezzo mediante stima proporzionale (2).

---

(1) V. Pacifici-Mazzoni, *Trattato della vendita*, Vol. I, num. 51.
(2) V. Troplong, *De la vente*, num. 254.

III.

Delle obbligazioni del venditore.

Il venditore ha due obbligazioni principali, quella di consegnare e quella di garantire la cosa che vende (art. 1462). Noi, seguendo l'ordine del Codice, parleremo distintamente dell'una e dell'altra obbligazione. Qui giova notare, che l'obbligazione di consegnare la cosa venduta ora è divisibile, ora indivisibile. È divisibile, quando la cosa è divisibile; è indivisibile, nel caso contrario. Così, se il venditore lascia più eredi, ciascuno degli eredi, nella prima ipotesi, sarà tenuto a consegnare la cosa in proporzione della quota che è chiamato a raccogliere nella successione; nella seconda ipotesi, ciascuno degli eredi potrà essere convenuto dal compratore per la consegna del tutto. Invece l'obbligazione di garantire la cosa che si vende è per natura sua indivisibile. Poco importa, che la cosa venduta sia o pur no capace di divisione. Il compratore, quando trovasi nel caso d'invocare la garantìa del venditore, può rivolgersi contro ciascuno degli eredi di costui perchè risponda del tutto: *singulis quidem in solidum defendendi necessitas incumbit*, al dire di Giovanni Voet. Alla dottrina precedentemente esposta prestava ossequio la Corte di Cassazione di Roma. La garantìa per evizione è indivisibile, decideva il Supremo Collegio; essa deve quindi prestarsi per intero anche dall'erede parziale del venditore. « L'oggetto della garenzia, come lo indica la stessa parola, consiste principalmente nell'obbligo del venditore di garentire al compratore il libero possesso ed il pieno godimento di tutta intera la cosa vendutagli. E perciò, se un terzo pretende di avere dei diritti sulla medesima, il venditore è tenuto a proteggere e difendere il compratore, e se non lo faccia o la sua difesa riesca inefficace, è obbligato verso il medesimo ai danni ed interessi; ma questa, come sempre, è una obbligazione sussidiaria, per supplire appunto alla prestazione principale (1). »

---

(1) Corte di Cassazione di Roma; sentenza degli 11 giugno 1894; negli *Annali della giurisprudenza italiana*, anno 1894, parte I, pagina 367.

A.

Della tradizione della cosa.

I. Concetto generale della tradizione. — L'obbligazione di consegnare una cosa può risultare tanto da convenzioni che trasferiscono diritti personali, quanto da contratti traslativi di diritti reali. La consegna che si compie in virtù di contratti traslativi di proprietà è più specialmente chiamata *tradizione* (1). Come è detto nell'articolo 1463, la tradizione è la consegna della cosa venduta in potere e possesso del compratore. Questa definizione è mutuata dall'art. 1604 del Codice francese, che la improntava dal Domat. Se colla voce *potere* (nel Codice francese *puissance*) si vuole accennare al trasferimento della proprietà della cosa venduta, come si è preteso da alcuni scrittori, fa d'uopo convenire *que ce mot est de trop,* ripetiamo l' acconcia osservazione del Baudry-Lacantinerie (2). Nel sistema del Diritto moderno, la tradizione non è destinata al trasferimento della proprietà della cosa venduta nel compratore. Questo trasferimento si avvera per effetto del solo consenso legittimamente manifestato (articolo 1125). Avuto riguardo all'ordinamento del Diritto romano, il contratto di vendita « non transfert dominium rei venditae in emptorem, aut dominium pretii in venditorem, sed necessitate tantum venditorem obstringit tradendae rei, et emptorem necessitate dandi pretii (3). » Ma, l'abbiamo osservato, per quanto si attiene al trasferimento del dominio della cosa venduta, esso, nel sistema del Codice, si verifica anche prima della tradizione; beninteso, quando oggetto del contratto è una cosa determinata nella sua individualità.

Il possesso che deve darsi al compratore è un possesso a titolo di proprietario, *vacua possessio*, come dicevano le leggi romane; niuno deve dividerlo con lui o disputarglielo. « Vacua possessio emptori tradita non intelligitur, si alius

---

(1) V. Aubry e Rau su Zachariae, Vol. I, § 354.

(2) V. Baudry-Lacantinerie, *Précis de droit civil,* Vol. III, numero 509; Paris, 1892.

(3) V. Cuiacio, *Recitationes solemnes*, ad L. 3, D. *de obligationibus et actionibus* (Vol. VIII, col. 326 dell'ediz. napoletana del 1758).

in ea legatorum servandorum causa in possessionem sit, aut creditores bona possideant. » (L. 2, § 1, D. *de actionibus empti et venditi*) (1). Se dunque il compratore, cui il venditore fa la tradizione, trovi qualche persona già in possesso della cosa ad un titolo rivale o ristrettivo del suo, egli può lamentarsene e ricorrere sia all'azione della risoluzione della vendita, sia a quella del risarcimento dei danni, giusta le norme sancite nell'articolo 1163 del Codice.

II. Forme della tradizione. — Incominciamo con una osservazione preliminare, che ci è consigliata dal Marcadé. I Dottori stimarono opportuno di distinguere varie specie di tradizione. Alla tradizione reale opposero delle tradizioni finte, simboliche, allegoriche. Ad esempio, la consegna delle chiavi dell'edifizio contenente i mobili venduti, consegna che dovea farsi alla porta dell'edifizio, era considerata come un'allegoria della consegna delle cose stesse. Riguardo alla immissione nel possesso ordinario ed effettivo, si ammetteva un possesso di *lunga mano*, quando il compratore gittava da lungi lo sguardo sulla cosa, considerandosi l'occhio come una mano più lunga. Quando il compratore già trovavasi, prima della vendita, nel possesso di fatto della cosa, come depositario, conduttore o ad altro titolo simile, l'antica dottrina, invece di dire semplicemente che la consegna allora si opera mercè il solo consenso, senza bisogno di atto materiale, voleva che si reputasse avere il compratore rimessa la cosa al venditore, il quale si reputava l'avesse immediatamente restituita al compratore; in ciò si ravvisava, per effetto di una finzione, un'operazione che racchiudeva due consegne successive della cosa, chiamate di *breve mano*. Il Diritto moderno ha respinto anche a tal riguardo il sistema empirico e materialista di finzioni ed allegorie, tanto caldeggiato dai Dottori. Tenuto conto del sistema del Diritto moderno, deve dirsi che la consegna è compiuta, quando il compratore, con o senza un atto materiale qualunque, ha la cosa nel suo potere e nel suo possesso.

E qui dobbiamo soggiungere, che la consegna non deve ritenersi come un fatto generatore della prescrizione; vi ha una grande differenza tra la consegna e la immissione nel

(1) V. Maynz, *Cours de droit romain*, Vol. II, § 211; Bruxelles, 1877.

possesso utile per prescrivere. Sebbene la tradizione della cosa venduta importi il trasferimento di questa cosa nel potere e nel possesso del compratore, da ciò non bisogna trarre la conseguenza che, mercè di essa, si operi, nelle vendite fatte *a non domino*, sia l'inizio della prescrizione per gli immobili, sia l'istantaneo acquisto dei beni mobili per natura e dei titoli al portatore quando essi siansi comprati in buona fede. La tradizione è un fatto puramente relativo al venditore ed al compratore; invece, il possesso necessario per la prescrizione deve esistere assolutamente rispetto a tutti. La tradizione, per sè stessa, non è generatrice della prescrizione. Mercè la tradizione, il venditore offre e prepara il possesso al compratore, gli rimette tutto quello di cui ha bisogno per tale possesso, ma è ufficio del compratore il recarlo ad atto. Il venditore cede il posto al compratore, e gli dà i mezzi per venire ad occuparlo; ma spetta a quest'ultimo di operarne l'occupazione. Adunque, allorchè si dice, che la tradizione è la immissione in possesso per opera del venditore, la proposizione è esatta solo nei rapporti tra venditore e compratore, nel senso che il primo deve spogliarsi del possesso, e lasciarlo libero al secondo, salvo a costui di immettersi in tale possesso, il che riguarda lui e non più il venditore. Tale distinzione, che risulta dalla natura stessa delle cose, si trova determinata dallo stesso Codice in tema di cessione. L'articolo 1466, collocato sotto la presente sezione, statuisce la regola, che la tradizione delle cose incorporee, tra cui vanno compresi i crediti, si eseguisce colla consegna dei documenti. L'articolo 1538, facendo l'applicazione di questa regola al caso particolare della cessione di crediti o di altri diritti da sperimentarsi contro un terzo, ripete che la consegna si opera mercè la rimessione del documento; ma è soggiunto nel medesimo articolo, che, se tutto con ciò è consumato, è soltanto tra il *cedente* e il *cessionario*, è soltanto per quanto riguarda la tradizione. L'articolo successivo spiega, che il cessionario non sarà investito del diritto rispetto ai terzi se non dopo fatta l'intimazione al debitore della seguìta cessione, ovvero dopo che il debitore abbia accettata la cessione con atto autentico. Senza dubbio la immissione effettiva nel possesso accompagna talune volte il fatto della tradizione, come si avvera allorchè trattasi dei mobili corporali. Ma non sempre si avvera la congiunzione di questi due fatti. Il pos-

sesso reale e pubblico, il solo che genera la prescrizione, sovente non avrà parte alcuna nella tradizione; e siccome la tradizione, anche in questo caso, sarà completa e perfetta, è un grave errore il presentarla come un fatto da cui deriva la prescrizione. La prescrizione nasce dal possesso reale e pubblico, e la tradizione si opera mercè l'abbandono della cosa da parte del venditore, il quale offre il possesso della cosa al compratore, che è libero di assumerlo o no. La prescrizione si opera incessantemente senza alcun fatto di tradizione; questa si compie tuttogiorno senza che possa seguirne alcuna prescrizione. Allorchè vuolsi determinare, se una persona ha prescritto una cosa, il concetto della tradizione non ha influenza nel decidere la controversia. Deve solo determinarsi se una persona ha posseduto colle condizioni richieste in tema di possesso legittimo (1).

Si debbono riconoscere delle forme speciali secondo che trattasi della tradizione degli immobili, della tradizione dei mobili, ovvero della tradizione delle cose incorporee.

A) *Tradizione degli immobili.* — I modi di tradizione degli immobili sono quattro; e di essi due soltanto sono enunciati espressamente dal Codice.

1.° Rimessione dei documenti della proprietà venduta (art. 1464). Il Codice francese, nell'articolo 1605, dice *titres de propriété.* Donde la quistione agitata fra gli scrittori: trattasi della rimessione del titolo, in virtù del quale il venditore cede la sua proprietà al compratore, ovvero dei titoli che assicurano la proprietà nelle mani del venditore? Nell'antico Diritto francese, la prima opinione era propugnata dal Pothier (2); la seconda, dal Molineo, il quale notava in proposito: « Per traditionem instrumentorum acquisitionis, in quibus continetur jus competens venditori, non autem per traditionem instrumentorum venditionis (3). » Sotto l'impero del Codice, il Merlin, tra gli altri, propugnò strenuamente

(1) V. Marcadé, *Explication du Code civil,* sugli art. 1604 a 1607 del Codice francese.

(2) V. Pothier, *Pandectae Justinianeae,* Vol. III, num. 45; Lugduni, 1782.

(3) V. Molineo, *Commentarii in consuetudines Parisienses,* § 20, glossa 5, num. 14; Parisiis, 1681.

la dottrina di Molineo (1); il nostro legislatore l' ha sancita con una formola chiarissima.

2.° Rimessione delle chiavi se trattasi di un edifizio (articolo 1464). Le chiavi sono un istrumento necessario allo scopo di penetrare nell'interno dell'edifizio; esse quindi procurano al compratore il mezzo di servirsene e di goderne.

3.° Clausola di constituto e di precario. Essa ha luogo quando il possessore di un immobile riconosce che egli non vi ha alcun diritto di proprietà, e che non ne conserva il godimento se non a titolo precario. Suolsi stipulare quando il venditore resta in possesso dell'immobile a titolo di conduttore o di usufruttuario (2).

4.° Solo consenso delle parti. Quando il compratore trovasi già in possesso dell'immobile che gli è venduto, la tradizione si opera col solo consenso. E, come osserva opportunamente il Troplong, per usare un linguaggio esatto, in tal caso non v' ha bisogno di tradizione; questa non è necessaria che per dare il possesso; e quando già esiste il possesso, la tradizione è inutile.

B) *Tradizione dei mobili.* — I modi di tradizione dei mobili sono sei, dei quali soltanto tre si trovano enunciati espressamente dal Codice.

1.° Consegna reale, cioè manuale (art. 1465). Dalla parola di cui il Codice si serve, *reale,* non bisogna inferire che gli altri modi di tradizione esso li reputi finti ed allegorici. Nel Diritto moderno, l'atto fisico si considera di nessuna importanza; esso nulla aggiunge alla forza della volontà; l'intenzione, congiunta alla facoltà di agire, è considerata della stessa energia dell'atto materiale della consegna.

2.° Consegna delle chiavi degli edifizi che contengono i mobili (art. 1465). Questa tradizione deve giudicarsi *reale* allo stesso modo della tradizione manuale. « Si elle ne met pas la chose vendue dans la main de l'acheteur, elle la place sous sa main, c'est-à-dire en sa puissance et possession (3). » *Ce n'est pas une querelle de mots,* soggiunge benissimo il

(1) V. Merlin, *Répertoire universel et raisonné de jurisprudence,* verb. *Tradition;* Paris, 1812.

(2) V. Troplong, *De la vente,* num. 277.

(3) V. Laurent, *Principes de droit civil,* Vol. XXIV, num. 163.

Laurent. Se la tradizione fosse finta, un secondo compratore, cui si fossero rimesse le chiavi, non potrebbe prevalersene contro un primo compratore, agli effetti dell'articolo 1126 del Codice; e ciò sarebbe inammissibile.

3.° Solo consenso delle parti (art. 1465). Questo modo di tradizione si avvera, come spiega il Codice, quando la consegna non può eseguirsi al tempo della vendita (ad esempio, se l'oggetto venduto trovasi in un luogo lontano, ed il venditore dà ordine di consegnarlo al compratore), oppure se il compratore aveva già i mobili in suo potere ad altro titolo (ad esempio, come depositario).

4.° Rimessione dei documenti. Ben è vero che il Codice italiano, allo stesso modo del Codice francese, non parla di questa forma di tradizione, come serba silenzio sulle altre due che enuncieremo in sèguito; ma la dottrina è concorde su questo punto, che la disposizione della legge, *in subiecta materia,* non è limitativa (1).

5.° Apposizione di un segno. Si avvera quando il compratore appone il suo suggello sulla cosa, sebbene la lasci dove si trova, e non la porti con lui.

6.° Numerazione, peso o misura. Nelle vendite di mercanzie che non si compiono in massa, la tradizione non si opera che mediante il peso, la numerazione e la misura che si fanno in contraddittorio tra il venditore e il compratore.

C) *Tradizione delle cose incorporee.* — Avuto riguardo al sistema del Diritto romano, le cose incorporali *(quae tangi non possunt),* a differenza delle cose corporali *(quae tangi possunt),* non erano capaci del possesso propriamente detto: « Possideri possunt quae sunt corporalia; nec possideri intelligitur jus incorporale. » (L. 3, D. *de acquirenda vel amittenda possessione;* L. 4, § 27, D. *de usurpationibus*). Ma poichè questi diritti procurano un emolumento reale, dicevasi *quasi-possesso* il loro godimento ed il loro uso (L. 28, § 2, *ex quibus causis majores;* L. 10, D. *si servitus vindicetur*). Il Diritto moderno, e lo abbiamo altrove osservato, ha ripudiato queste sottigliezze del Diritto romano. Si ha il possesso di una servitù prediale, di un usufrutto, di un diritto di abitazione, allo stesso modo che si ha il possesso di una

(1) V. Troplong, *De la vente*, num. 282.

casa o del fondo Semproniano. Ciò premesso, trattandosi di cose incorporali, la tradizione si eseguisce o colla consegna dei documenti, o coll'uso che ne fa il compratore di consenso del venditore (art. 1466). Allorchè costituisco a vantaggio del vostro fondo una servitù di passaggio sul mio fondo, non è il caso di parlare di rimessione di documenti, imperciocchè trattasi di un diritto creato, e non di un diritto trasmesso. La tradizione risulterà dall'esercizio che farete del diritto di servitù, col mio consenso (1).

III. Spese della tradizione. — Le spese della tradizione sono a carico del venditore, e quelle del trasporto a carico del compratore, se non vi è stata stipulazione in contrario (art. 1467). Ad esempio, il venditore dovrà sopportare le spese di numerazione, di peso e di misura della merce venduta; ed il compratore quelle d'imballaggio, di caricamento e di trasporto. Ciò è giusto. Il venditore è tenuto all'obbligazione di consegnare la cosa venduta; egli deve quindi sopportare le spese della tradizione; le quali sono un mezzo necessario perchè egli possa assolvere la sua obbligazione. Quando la cosa è passata nel potere e nel possesso del compratore, le spese ulteriori debbono essere a suo carico.

IV. Luogo della tradizione. — La tradizione si deve fare nel luogo in cui la cosa si trovava al momento della vendita, quando non si è diversamente pattuito (art. 1468). Allorchè nel contratto è determinato il luogo della tradizione, sarà seguìta la legge che risulta dal contratto; in questo caso si è avuto riguardo a quella che il giureconsulto romano chiama *utilitas loci*. Quando il contratto serba silenzio sul luogo della tradizione, questa deve farsi nel luogo in cui trovavasi la cosa al tempo della vendita; ed il compratore è tenuto alle spese di trasporto, giusta le norme stabilite nell'articolo 1467, dianzi esaminato. Il venditore non può, senza una giusta causa, rimuovere l'oggetto venduto, e rendere per conseguenza il trasporto più difficile e più dispendioso pel compratore. Se egli non osserva questa obbligazione, è tenuto al risarcimento del danno che il compratore abbia risentito. È questa la dottrina del Pothier, confortata dall'au-

---

(1) V. Baudry-Lacantinerie, *Précis de droit civil*, Vol. III, num. 513; Paris, 1892.

torità del Diritto romano, e, anche meglio, dai dettami del Diritto razionale.

V. Tempo della tradizione. — La tradizione deve farsi nel tempo fissato dalla convenzione. Ma la vendita è un contratto bilaterale, e non è giusto costringere il venditore ad assolvere le sue obbligazioni, quando il compratore si mostra riluttante ad assolvere i doveri che sono a suo carico. Ecco perchè il Codice statuisce, che il venditore il quale non ha accordata dilazione al pagamento, non è tenuto a consegnare la cosa, se il compratore non ne paga il prezzo (art. 1469). Il Troplong ricorda in proposito la sentenza di Tertulliano: « Ineptum est pretium non exhibere, manum ad merces mittere. » Non basterebbe che il compratore offrisse una porzione del prezzo; egli deve offrire il prezzo integrale; altrimenti il venditore sarebbe autorizzato a ritenere la cosa pel pagamento del tutto. La ragione si è, che la cosa venduta e non consegnata serve di pegno nelle mani del venditore pel pagamento del prezzo; ora, essendo la causa del pegno indivisibile, perchè si avveri la liberazione del debitore, è necessario che costui paghi tutto il prezzo, *ad nummum unum duntaxat*. Dice Ulpiano: « Offerri pretium venditori ab emptore debet, quum ex empto agitur, et ideo, etsi pretii partem offerat, nondum ex empto est actio. Venditor enim *quasi pignus* retinere potest eam rem quam vendidit. » (L. 13, § 8, D. *de actionibus empti et venditi*). Nel caso che il compratore sia morto ed abbia lasciato più eredi, uno di questi non sarà ammesso a domandare la sua parte della cosa, se non offra di pagare il prezzo intero della vendita, salvo a lui il diritto di rivolgersi verso i coeredi, per le porzioni del prezzo cui sono tenuti (L. 78, D. *de contrahenda emptione*). Il Codice dispone, che il venditore non è tenuto alla consegna della cosa, ancorchè avesse accordata una dilazione al pagamento, se dopo la vendita il compratore cade in istato di fallimento o di non solvenza, in guisa che il venditore si trovi in pericolo imminente di perdere il prezzo, salvo che il compratore dia cauzione di pagare nel termine pattuito (cap. dell'art. 1469). Il diritto del compratore di esigere la consegna della cosa venduta prima del pagamento del prezzo è uno dei vantaggi del termine a lui concesso dal venditore. Deve perderlo, allo stesso modo che perde tutti gli altri vantaggi del termine, nel caso di fallimento o di non solvenza. Quan-

do il compratore dà cauzione di pagare nel termine pattuito, cessa il pericolo pel venditore, e non vi ha più ragione per esimerlo dall'eseguire la consegna (1).

VI. Oggetto della tradizione. — La cosa deve consegnarsi nello stato in cui si trovava al tempo della vendita (art. 1470). Il compratore, in forza della vendita, diventa proprietario della cosa; e quindi, dal momento del contratto, tutto ciò che costituisce la cosa, sia come principale, sia come accessorio, sia come una sua dipendenza, a lui appartiene. Di qui deriva, che se v' ha un termine per la consegna, il venditore è tenuto frattanto a vegliare alla conservazione della cosa, affinchè essa non soffra per suo fatto alcun deterioramento, ed il compratore possa riceverla nello stato in cui trovavasi al tempo della vendita (2). Nelle vendite sommesse ad una condizione sospensiva, il venditore non può cangiare lo stato delle cose *pendente conditione*. Poichè l'avveramento della condizione produce un effetto retroattivo al giorno della vendita, nell'aspettativa che si avveri la condizione, il venditore deve mantenere la cosa nello stato in cui trovavasi al tempo del contratto.

Dal giorno della vendita tutti i frutti spettano al compratore (capoverso dell' art. 1470). I frutti fanno parte della cosa, e si reputa che il compratore ne abbia pagato il prezzo. Tale era pure la giusta decisione delle leggi romane. « Fructus post perfectum jure contractum, emptoris spectare personam convenit, ad quem et functionum gravamen pertinet. » (L. 13, Cod. *de actionibus empti et venditi*). Ma quando la cosa è venduta sotto condizione sospensiva, i frutti scaduti *pendente conditione* profittano al venditore, che è ancora proprietario, e che li percepisce *jure soli* e come possessore. Come insegna il sommo Cuiacio: « Venditione contracta sub conditione, *(fructus)* percepti ante conditionem impletam, quod est ante perfectam venditionem, non pertinent ad emptorem, sed ad venditorem. » L' avveramento della condizione non produce effetto retroattivo circa i frutti (L. 31, § 1, *de legatis* II). D' altra parte, sarebbe ingiusto che il compratore il quale, prima dell'avveramento della condizione, non deve il prezzo

---

(1) V. Baudry-Lacantinerie, *Précis de droit civil*, Vol. III, num. 517; Paris, 1892.

(2) V. Troplong, *De la vente*, num. 317.

della cosa, nè per conseguenza gli interessi di questo prezzo, avesse poi diritto ai frutti della medesima.

L'obbligo di consegnare la cosa comprende quello di consegnare i suoi accessorî e tutto ciò che fu destinato al perpetuo uso di essa (art. 1471). Così, per recare alcuni esempi, la vendita di una casa comprende i giardini contenuti entro i muri di chiusura (L. 91, § 5, D. *de legatis* III), le scuderie che non sono separate dall'edifizio (L. 4, § 1, D. *in quibus causis pignus*), la metà del muro comune, i serbatoi d'acqua, le fontane (L. 38, § 2, D. *de actionibus empti et venditi*): in breve, tutto ciò che serve, non al servizio temporaneo, ma all'uso perpetuo della casa. La vendita di un fondo rustico comprende tutto ciò che il proprietario vi ha posto per il servizio e la coltivazione del medesimo; gli animali addetti alla coltura, gli strumenti rurali, il fieno e le sementi somministrate agli affittuari od ai mezzaiuoli, la paglia, lo strame ed il concime, i piccioni delle colombaie, i conigli delle conigliere, gli alveari ecc. La vendita d'una nave comprende tutto ciò che serve a governarla, l'albero della stessa, le vele, le antenne, le àncore. « Omnia autem, quae conjuncta navi essent, veluti gubernacula, malus, antennae, velum, quasi membra navis esse. » (L. 44, D. *de evictionibus*). Alfeno *respondit scapham non videri navis esse,* vale a dire, ritenne che la barca impiegata per fare il tragitto dal porto sino alla nave non è compresa nella vendita di questa, non essendovi alcuna unione necessaria tra la nave e la barca. Ma, giusta gli usi moderni, questa barca è compresa nella vendita della nave; è un accessorio necessario il quale, *faute d'énonciation, ne doit pas être retranché de la vente,* osserva il Troplong.

L'articolo 1471 del Codice determina colla massima precisione l'estensione del dovere che incombe al venditore. Egli deve consegnare gli *accessorî della cosa venduta*, e deve consegnare ancora *tutto ciò che fu destinato al perpetuo uso di essa.* Il Supremo Collegio di Torino, arrestandosi sulla interpretazione di questo articolo del Codice, osservava acconciamente, che l'accessorio della cosa venduta non deve confondersi con ciò che fu destinato al perpetuo uso di essa, nè col diritto di accessione, nè con ciò che la legge considera come immobile per destinazione. E così il venditore deve consegnare, insieme all'immobile venduto, anche i suoi accessorî, quantunque non siano cose destinate al perpetuo uso di quello,

nè siano cose immobili per destinazione (1). Negli esempi che abbiamo addotti superiormente ci siamo appunto ispirati a questa interpretazione dell'articolo 1471. Del resto, e lo abbiamo avvertito, il testo della legge è chiarissimo.

Il venditore è tenuto alla consegna della cosa nella quantità che si è stipulata nel contratto (art. 1472). Tale disposizione riproduce il frammento di Paolo: « Si in emptione modus dictus est et non praestatur, ex empto actio erit. » (L. 2, D. *de actionibus empti et venditi*). In altre parole, l'obbligazione di consegnare la cosa trae con sè, come corollario, l'obbligazione di consegnarla nella quantità stipulata nel contratto. In tema di mobili, questa regola deve essere applicata in tutto il suo rigore, quando la vendita è fatta a peso, a numero o a misura. « Ex empto tecum agam, dice Ulpiano, si minus praestes. » (L. 6, § 4, D. *de actionibus empti et venditi*). Se poi la vendita è fatta in massa, la mancanza della misura enunciata nel contratto non si deve così rigorosamente giudicare. Il compratore non potrebbe lamentarsi nè della *tara* nè del *deficit* occasionato dalla compressione o dal disseccamento della mercanzia (2).

L'obbligazione di consegnare la quantità convenuta è regolata in un modo speciale per la vendita d'immobili. Sulle orme dello Zachariae, diamo un ordinamento scientifico al sistema della legge.

Prima ipotesi. — Vendita *in ragione di un tanto per ogni misura* di un immobile determinato, la cui quantità ed il prezzo totale sono indicati nel contratto (art. 1473 e 1474). Ad esempio, io vi vendo il prato B contenente 50 ettari, pel prezzo di 4000 lire, a ragione di un tanto per ogni ettaro di terra, di guisa che il prezzo si distribuisce proporzionalmente su ciascuna misura. In una vendita di tal natura, ogni deficit od ogni eccedenza di quantità dà luogo ad una diminuzione o ad un aumento proporzionato del prezzo. Ma la vendita conserva la sua efficacia. « Si in quantitate erratum fuerit, valet quidem venditio, nec ullo in casu ipso jure nulla est (3). » Come si concilia la disposizione del Codice,

(1) Corte di Cassazione di Torino; sentenza dei 28 giugno 1889; nella *Giurisprudenza* di Torino, anno 1889, pag. 477.

(2) V. Troplong, *De la vente,* num. 326.

(3) V. Voet, *Comm. ad Pandectas,* Lib. XVIII, tit. I, num. 7; Hagae-Comitum, 1731.

nel caso di deficienza nella misura dell'immobile, colla regola sancita nell'articolo 1461, dove è statuito che, se al momento della vendita è perita una parte della cosa, il compratore ha la scelta o di recedere dal contratto, o di domandare la parte rimasta, facendone determinare il prezzo mediante stima proporzionale? Nel caso preveduto dall'art. 1461, la vendita riguarda una cosa determinata promessa al compratore; egli ha diritto ad averla nella quantità pattuita; in caso contrario, gli si deve riconoscere la facoltà di recedere dal contratto. Ma, nella ipotesi preveduta dall' articolo 1473, diremo col Troplong, il compratore ha veduto la cosa: « telle il l'a examinée, telle on la lui livre; aucune portion matérielle n' en est rétranchée; elle subsiste dans l'état où elle était lors du contrat. Seulement, il y a mécompte dans l' opinion qu' on avait de sa contenance. » Ma questa opinione non ha fatto parte dei motivi che hanno determinato il contratto, imperciocchè il compratore non ha voluto acquistare che a ragione di un tanto per ogni misura. La legge non poteva quindi ammettere a favore di questo compratore la facoltà di recedere dal contratto (1).

Seconda ipotesi. — Vendita di un immobile determinato o di un complesso di fondi distinti e separati, con indicazione della quantità, mediante un prezzo totale fissato dal contratto, *ma non in ragione di un tanto per ogni misura* (art. 1475). Le vendite di tal natura dànno luogo a diminuzione o ad aumento di prezzo solo nel caso, in cui la differenza della quantità reale con quella che è indicata nel contratto, produce, avuto riguardo al prezzo totale dell' immobile o degli immobili venduti, una differenza di valore almeno di un vigesimo. Questa differenza di valore esiste, o deve considerarsi come esistente, per ciò solo che v'ha una differenza di quantità di un vigesimo, quando tutte le parti del fondo venduto sono della medesima qualità, o quando essendo queste parti di natura diversa, la consistenza di ciascuna di esse non si è punto indicata separatamente. Ma se la quantità di ciascuna delle parti si è indicata specialmente, e queste parti sono di qualità diversa, la differenza di valore non segue più la proporzione della differenza di quan-

(1) V. Troplong, *De la vente*, num. 331.

tità. Quindi, ad esempio, supponendo che siasi venduto un complesso di beni, la cui quantità sia dichiarata in terre arative di 40 ettari, ed in vigne di 10 ettari, in tutto 50 ettari, e manchino due ettari di vigna; la differenza di quantità non sarà che di un venticinquesimo, ma ciò non ostante si farà luogo a diminuzione di prezzo, se il valore dei due ettari di vigna mancanti oltrepassi il vigesimo del prezzo (1). Le espressioni contenute nell' articolo 1475, sia che la vendita *cominci dalla misura* o *dall'indicazione del corpo venduto susseguita dalla misura,* si propongono di proscrivere una distinzione adottata nell'antica scuola, alla quale si rannodava una controversia che il Diritto moderno ha voluto far cessare. Secondo Voet, quando un immobile è venduto *ad corpus non ad quantitatem,* l'eccedenza o la mancanza della misura non dà giammai diritto ad aumento o a diminuzione del prezzo, salvo che siavi dolo del venditore. « Inventus major, minorve rei modus nequaquam minuet augebitve pretium, nisi concurrat insuper dolus venditoris consulto mentientis. » Altri scrittori invece, tra cui vogliamo ricordare il Covarruvia, il Brunnemanno ed il Fachineo, sostenevano, che quando il venditore alienava un corpo certo colla indicazione della misura, era tenuto a integrare la quantità nel caso di mancanza. Al contrario, in rapporto al compratore, essi volevano che, trovandosi un'eccedenza, il venditore consegnasse la cosa intera, senza diritto ad un supplemento di prezzo, se la vendita era incominciata dall' indicazione del corpo venduto. « Huius rei ratio reddi potest, quia is, qui vendit, verisimiliter magis novit agri sui modum, quam is, qui emit; unde, si minorem modum exprimat cum maior esset, id sibi imputare debet, qui scire debuerat maiorem esse. Si vero maiorem exprimat modum, quam revera sit, non est, quod emptori culpa adscribatur, qui putavit tot jugera esse, ideoque eam pretii quantitatem promisit, non daturus fortasse, si non esse tot jugera existimasset (2). » Il nostro Codice,

---

(1) V. Aubry e Rau su Zachariae, Vol. I, § 354.

(2) V. Fachineo, *Controversiarum juris,* Lib. II, Cap. XXVII; Coloniae Agrippinae, 1660. — V. pure una decisione della Ruota Romana, dei 9 gennaio 1671; *Sacrae Rotae Romanae Decisionum recentiorum,* Pars XVII, num. 1; Venetiis, 1716.

ad esempio del Codice francese, ha equiparata la condizione del venditore a quella del compratore, ed ha tolta ogni distinzione tra le vendite che incominciano colla misura e quelle che incominciano colla indicazione del corpo venduto.

Terza ipotesi. — Se si sono venduti due fondi collo stesso contratto e per un solo e medesimo prezzo, coll' indicazione della misura di ciascuno di essi, e si trova che la quantità è minore nell'uno e maggiore nell'altro, se ne fa la compensazione fino alla debita concorrenza; di tal che, vi è luogo a supplemento o a diminuzione di prezzo, sol quando trovasi, dopo questa compensazione, una differenza di valore almeno di un vigesimo (art. 1479). Il Codice riproduce la dottrina enunciata in un frammento di Paolo: « Si duorum fundorum venditor separatim de modo cujusque pronunciaverit, et ita utrumque uno pretio tradiderit, et alteri aliquid desiit, quamvis in altero exsuperet; forte si dixit, unum centum jugera, alterum ducenta habere: non proderit ei, quod in altero ducenta decem inveniuntur, si in altero decem desint. » (L. 42, pr. D. *de actionibus empti et venditi*). Questa dottrina si applica sol quando, come dice il Codice, la vendita dei due fondi distinti sia stata fatta *per un solo e medesimo prezzo* e *collo stesso contratto;* altrimenti vi sarebbero due vendite, e si rientrerebbe sotto l' impero dell' articolo 1475.

Quando vi è luogo ad accrescimento di prezzo per eccedenza di misura, e questa eccedenza è al disopra della vigesima parte della quantità dichiarata, il compratore ha la scelta o di pagare il supplemento del prezzo con gli interessi dal giorno della sua immissione in godimento, o di recedere dal contratto (art. 1474 e 1476). In tutti i casi in cui il compratore usa del diritto di recedere dal contratto, il venditore è tenuto a restituirgli, oltre il prezzo che avesse ricevuto, le spese del contratto medesimo (art. 1477).

Le regole dianzi esposte possono venir modificate o neutralizzate da stipulazioni contrarie. La clausola, *senza veruna garantia di quantità,* stipulata ad occasione di una vendita della natura di quelle indicate nell' articolo 1475, deve applicarsi anche nel caso in cui la differenza di misura è di un vigesimo o al di là del vigesimo; essa produce per conseguenza derogazione a questo articolo. Non può dirsi lo stesso, almeno in generale, e salva l' interpretazione della vo-

lontà delle parti, della formola *o all'incirca*, che sia aggiunta alla indicazione della quantità (1).

Nei casi sopra espressi, l'azione pel supplemento del prezzo che spetta al venditore, e quella per la diminuzione del prezzo o pel recesso dal contratto che spetta al compratore, debbono proporsi nel termine di un anno dal giorno del contratto, sotto pena della perdita delle rispettive ragioni (articolo 1478). L'incertezza sulla trasmissione della proprietà deve durare il minor tempo possibile. D'altra parte, un anno è più che sufficiente per riconoscere degli errori, la cui verificazione può farsi subito: quando il venditore ed il compratore hanno serbato silenzio durante il tempo prefinito dal Codice, si deve conchiudere che hanno rinunziato alle loro ragioni a tal riguardo (2).

Decideva la Corte di Trani, che il termine stabilito dall'articolo 1478 Codice civile è di ordine pubblico, e quindi improrogabile per convenzione. « Gravi ragioni di evidente utilità e di pubblica economia hanno consigliato la disposizione dell'articolo 1478 relativo alla vendita. Il principio generale *ne dominia rerum incerta essent,* è irrecusabile; e le proprietà private sarebbero state colpite di continua incertezza, se non si fosse posto un argine e determinato un termine, entro il quale si potesse ritornare sul già fatto. Un anno di tempo è più che sufficiente a riconoscere un errore, la cui verificazione è possibile ad ogni momento; e se il termine fosse di più lunga durata o non ne fosse stabilito alcuno, gravi perturbazioni avrebbero luogo, e si verrebbe a gittare il paese in continue lotte giudiziarie, per vendite avvenute molti anni prima. Dunque è innegabile che l'articolo 1478, relativo alla vendita, stabilisce un principio di ordine pubblico a cui non è permesso derogare con private convenzioni. » All'opposto, in tema di locazioni (art. 1614 del Codice) il patto sarebbe consentito. « E di vero dove esiste la grave perturbazione degli affari della vita, se al locatore sia lecito per tutta la durata dell'affitto esercitare l'azione *quanti plurimi,* o al conduttore quella *quanti minoris*? Non vi è chi non veda la differenza enorme che passa fra la locazione e la vendita, la quale a differenza della prima ha delle specialità *sui*

(1) V. Zachariae, *Cours de droit civil,* Vol. I, § 354.
(2) V. Troplong, *De la vente,* num. 348.

generis e dei requisiti tutti propri, in omaggio a quei principî di utilità pubblica che debbono attentamente salvaguardarsi dal legislatore, ed innanzi ai quali ogni interesse privato deve cedere (1). »

VII. Perdita o deterioramento della cosa venduta. — La quistione, se la perdita o il deterioramento della cosa venduta e non per anco consegnata debba essere a carico del venditore o del compratore, sarà giudicata colle regole stabilite nel titolo *Delle obbligazioni e dei contratti in genere* (art. 1480). Quando la cosa si è consegnata al compratore, la perdita o il deterioramento della medesima va a suo carico; ma su chi deve gravare la perdita o il deterioramento della cosa venduta sì, ma non per anco consegnata? Sul venditore o sul compratore? Il Codice rimanda ai principî stabiliti in altro titolo. Qui giova ricordarne due, che sono fondamentali in tale materia; il primo, che nel tempo fra il contratto e la tradizione, il debitore deve impiegare per la conservazione della cosa la diligenza di un buon padre di famiglia; il secondo, che, perfezionata la vendita, trasferita nel compratore la proprietà della cosa, su costui e non sul venditore deve gravare la perdita o il deterioramento della medesima.

B.

Della garantìa.

La prima obbligazione principale del venditore è quella di consegnare la cosa che vende. Compiuta la consegna, rimane egli forse sciolto da ogni obbligazione? No, risponde il giureconsulto Pomponio. « Ratio possessionis, quae a venditore fieri debeat, talis est, ut, si quis eam possessionem jure avocaverit, tradita possessio non intelligatur. » (L. 3, D. *de actionibus empti et venditi*). Allo stesso modo, il nostro Codice impone al venditore, come seconda obbligazione principale, la *garantìa* della cosa che egli vende. I Romani chiamavano il garante *auctor*. Cuiacio fa derivare la voce *garante* dall' idioma germanico. Loyseau, da un' antica parola

(1) Corte di appello di Trani; sentenza dei 4 agosto 1877; nel *Foro italiano*, anno 1878, parte 1, pag. 1275.

francese, *garer*, che significa *mettre en sûreté*. Quindi « garantir, dice Loyseau, signifie proprement assurer, et un garant est celui qui asseure un autre, et qui est tenu de l'acquitter de quelque action ou procès (1). » La garantìa che il venditore deve al compratore ha due oggetti: il primo riguarda il pacifico possesso della cosa venduta; il secondo riguarda i vizi o i difetti occulti della medesima (art. 1481). Spieghiamo il concetto della legge. La garantìa è, in generale, l'obbligazione di procurare ad una persona il godimento pacifico ed utile dei diritti che le abbiamo trasmessi, o di indennizzarla se non vi riusciamo. In tema di vendita, la garantìa è l'obbligazione di procurare al compratore un possesso pacifico ed utile. Il possesso non è *pacifico*, quando il compratore soffre evizione, ovvero quando è semplicemente molestato nel suo godimento; il venditore è dunque garante dell'*evizione*. Il possesso non è *utile* se la cosa venduta è viziata; il venditore è dunque garante dei difetti occulti della cosa, o dei *vizi redibitori* (2).

1.°

Della garantìa in caso di evizione.

I. Concetto generale dell'istituto. — Il venditore deve garantire al compratore il *pacifico possesso* della cosa venduta. È questo il principio fondamentale che si trova enunciato nell'articolo 1481 del Codice. Da questo principio derivano tre conseguenze che noi dobbiamo enumerare.

1.° Il venditore deve astenersi da ogni atto tendente a molestare il compratore. Da questa obbligazione del venditore promana un'eccezione di garantìa, mercè la quale il compratore può respingere qualsiasi azione non derivante dal contratto di vendita, azione colla quale il venditore, i suoi eredi od i suoi fideiussori tentassero sia di tôrgli in tutto od in parte la cosa venduta, sia di turbare o di circoscrivere in qualunque modo il suo godimento. È questo il significato del

---

(1) V. Troplong. *De la vente*, num. 410.

(2) V. Mourlon, *Répétitions écrites*, sull'art. 1625 del Codice francese.

brocardico, tratto da parecchi testi del Diritto romano: *Quem de evictione tenet actio, eundem agentem repellit exceptio* (1).

2.° Il venditore deve prendere la difesa (*le fait et cause*, come dicono i giuristi francesi) del compratore, nel caso che costui venga molestato da un terzo, il quale si opponga o alla sua entrata in godimento, o all'esercizio di una servitù attiva compresa nella vendita, ovvero promuova, riguardo alla cosa venduta, un reclamo giudiziario, fondato su di una causa anteriore alla vendita. « Le *trouble* est un précurseur de l'éviction, et c'est pour cela que le vendeur en est garant, comme de l'éviction elle-même (2). » Osserva il Pothier, che qui si trova appunto l'oggetto immediato e principale della garantìa. Difatto, è cosa infrequente che la molestia provenga dallo stesso venditore; la molestia deriva dal fatto di un terzo, ed allora il compratore ha diritto di domandare la garantìa del venditore (3). Questa obbligazione a carico del venditore, al pari di quella enunciata nel numero precedente, è indivisibile. Donde promana, e lo abbiamo superiormente avvertito, che se troviamo più venditori di una stessa cosa per un prezzo unico, tutti sono tenuti indivisibilmente a prendere la difesa del compratore: *singulis in solidum defendendi necessitas incumbit* (4). Lo stesso deve affermarsi nel caso che il venditore ha lasciato più eredi.

3.° Se il venditore non riesce a far cessare la molestia, è tenuto a risarcire l'acquirente del danno che può aver sofferto; e qui prendiamo la parola *danno* nella sua più larga accezione. Allora si ha propriamente la *garantìa in caso di evizione.* Statuisce il Codice: quantunque nel contratto di vendita non siasi stipulata la garantìa, il venditore è tenuto di diritto a garantire il compratore dall'evizione che lo priva di tutto o di parte della cosa venduta, ed altresì dai pesi che si pretendono gravarla e che non furono dichiarati nel contratto (art. 1482) (5).

---

(1) V. Aubry e Rau su Zachariae, Vol. I, § 355.

(2) V. Baudry-Lacantinerie, *Précis de droit civil*, Vol. III, numero 536; Paris, 1892.

(3) V. Laurent, *Principes de droit civil*, Vol. XXIV, num. 211.

(4) V. Voet, *Comm. ad Pandectas*, Lib. XXI, tit. II, num. 5; Hagae-Comitum, 1731.

(5) In applicazione dell'articolo 1482 Codice civile, decideva il

Il Pothier così definisce l'evizione: l'abbandono che taluno è obbligato di fare di una cosa, in virtù di una sentenza di condanna pronunziata dal giudice (1). L'evizione, ripete lo stesso concetto un espositore del Codice francese, « est le résultat d'une victoire judiciaire remportée contre l'acheteur (2). » *Evincere est aliquid vincendo auferre.* Nondimeno vuolsi notare, che « la garantìa dall'evizione, che di diritto incombe al venditore, non può ritenersi esclusivamente limitata al caso in cui l'abbandono della cosa comprata abbia luogo in virtù di una sentenza, giacchè ciò non è detto dalla legge, e il significato della parola *evizione* nel Diritto moderno, non altrimenti che nell'antico Diritto, comprende tutti i casi, nei quali, eziandio senza una sentenza, qualora una contestazione giudiziaria riuscirebbe inutile, il compratore sia costretto a dimettersi dalla proprietà della cosa vendutagli (3). » Questi casi sono quattro.

A) Il caso in cui il compratore, per evitare una lite, ha volontariamente abbandonato la cosa venduta, al cui rilascio lo si poteva costringere giudizialmente. La prudenza vuole, in generale, che il compratore si faccia citare pel rilascio, e denunzi la citazione al venditore; imperciocchè, abbandonando volontariamente la cosa venduta, corre il pericolo di veder contestata dal venditore la legittimità dei reclami cui ha ceduto (4).

B) Il caso in cui il compratore soccomba nell'azione di rilascio che ha promossa contro il terzo possessore della cosa venduta.

C) Il caso in cui, per conservare questa cosa il com-

Supremo Collegio di Roma, che risponde del danno verso il compratore il venditore dei frutti pendenti, cui questi vengano pegnorati e venduti dall'esattore per debito d'imposta, prima della immissione in possesso, ed anche quando il prezzo non ne sia stato ancora integralmente pagato. (Corte di Cassazione di Roma; sentenza dei 26 novembre 1894; nel *Filangieri*, anno 1895, parte II, pag. 31).

(1) V. Pothier, *Traité du contrat de vente*, num. 83.

(2) V. Baudry-Lacantinerie, *Ibidem*, num. 535.

(3) Corte di Cassazione di Roma; sentenza dei 18 novembre 1887; nella *Legge*, anno XXVIII, Vol. I, pag. 692.

(4) V. Aubry e Rau su Zachariae, Vol. I, § 355.

pratore è costretto a pagare il credito di un terzo cui la cosa era obbligata.

D) Il caso, infine, in cui il compratore, avendo acquistato *a non domino*, succeda più tardi, a qualsiasi titolo, al legittimo proprietario, e conservi, in virtù del suo nuovo titolo, la cosa di cui avrebbe potuto essere privato. In tal caso non può avverarsi una sentenza di evizione contro il compratore, per questa ragione che egli non può agire contro sè stesso; ma questa circostanza fortuita non dispensa il venditore dall' obbligo di tener indenne il compratore della perdita occasionata dalla vendita (1).

È regola fondamentale in questa materia, che il compratore si può rivolgere per garantìa contro il venditore sol quando la causa dell'evizione, vale a dire l'esistenza del diritto il cui esercizio dà luogo alla medesima, sia anteriore alla vendita. « Quand le germe de l'éviction est inhérent à la chose vendue et procéde d'une cause antérieure à la vente, ou même contemporaine, le vendeur en est responsable. Il a promis à l' acheteur de le rendre propriétaire, de le faire jouir paisiblement et sans trouble. Il ne peut donc se décharger sur lui d'un péril dont sa chose était affectée et dont il devait la purger avant de l'aliéner (2). » Nondimeno, quando l'evizione è la conseguenza dell' esercizio di un diritto concesso dal venditore medesimo, essa dà luogo alla garantìa, tuttochè la causa della medesima sia posteriore alla vendita. In tal caso, il venditore ha violata la sua obbligazione di astenersi da ogni atto di molestia verso il compratore.

Perchè siavi àdito all'azione di garantìa, è indifferente che il compratore sia egli stesso evitto, o che l'evizione colpisca un terzo cui egli abbia trasmessa la cosa a titolo oneroso o gratuito. Il terzo può direttamente esercitare il ricorso per garantìa contro il venditore primigenio. Ancora: egli può esercitarlo in proprio nome, sebbene non sia stato convenzionalmente surrogato nei diritti del suo autore. Costui, nel trasferire la proprietà, l'ha dovuta trasmettere *cum omni causa;* ciò che comprende l'azione in garantìa ch' egli ha contro il suo venditore, come tutti gli altri diritti e tutte le altre azio-

---

(1) V. Maynz, *Cours de Droit romain,* Vol. II, § 212; Bruxelles, 1877.

(2) V. Troplong, *De la vente,* num. 416.

ni. Ove, per avventura, in mancanza di surrogazione espressa nei diritti del suo autore, il terzo evitto non potesse esercitare il suo ricorso in garantìa contro il primo venditore, se non in nome del suo autore e per mezzo di una surrogazione giudiziale, ne deriverebbe questa conseguenza, che egli sarebbe obbligato a far partecipare tutti i creditori del suo autore ai benefizi di questo ricorso (1).

L'obbligazione di difendere il compratore è indivisibile; ma l'obbligazione di indennizzarlo delle perdite che può aver sofferte è divisibile. La prima obbligazione, dice Molineo, *est principalis, imo principalior, quia, ut est primum caput evictionis, ita est primaria obligatio qua tenetur venditor emptori*. La seconda non è che secondaria ed accessoria: *obligatio vero ad interesse et restitutionem pretii, cum non succedat nisi in prioris defectum, secundaria est, et potius videtur accessoria*. Quando la prima obbligazione riesce impotente, allora soltanto si dà luogo alla seconda: *primo capite sufficiente, evanescit secundum, primo deficiente, tum succedit secundum* (2). Come bene osserva il Troplong, queste due azioni, sebbene concorrano al medesimo scopo, sono pure profondamente distinte, e ciascuna deve conservare il suo carattere speciale e la sua natura diversa.

II. Garantìa di evizione nelle vendite forzate. — L'obbligazione di garantìa ha luogo di diritto non solo nelle vendite volontarie, ma eziandio nelle vendite forzate. Il Troplong ha insegnata una dottrina opposta a quella dianzi enunciata. Il grande giureconsulto francese ha fatto ricorso a questo ragionamento. In tema di vendite forzate, la qualità di venditore si deve disconoscere e nel debitore espropriato e nei creditori. L'uno è spogliato, suo malgrado, della cosa; gli altri non fanno che chiedere al magistrato l'esecuzione del loro contratto. A parlare esattamente, è il giudice che vende. Gli ordinamenti del Codice, in rapporto alla garantìa di evizione, non possono costituire la legge di una vendita così diversa dalle altre. Come può concepirsi, che l'aggiudicatario possa domandare il risarcimento dei danni da coloro che nulla gli hanno promesso? All'aggiudicatario deve bastare l'azione

(1) V. Duvergier, *Traité de la vente*, num. 343.

(2) V. Molineo, *Extricatio labyrinthi dividui et individui*, numero 493; Parisiis, 1681.

chiamata *condictio indebiti* (1). Ma questa teoria è respinta da altri giuristi, tra i quali ci piace di richiamare specialmente il Duvergier. Egli osserva in proposito, che, quando la vendita è conseguenza di una espropriazione forzata, nessuno ha, per effetto della sua volontà, trasferito il dominio della cosa che si è venduta. Il creditore istante si è rivolto al giudice, perchè la cosa del debitore si fosse convertita in danaro, coll'aggiudicazione, allo scopo di essere soddisfatto del suo credito; il debitore è restato passivo, si è lasciato spogliare della cosa, esso non ha prestato il consenso alla vendita. Quindi, a prima fronte, parrebbe che nelle vendite per espropriazione forzata non si trovi la figura del venditore, e quindi non vi possa essere un'azione di garantìa; parrebbe che l'aggiudicatario non abbia diritto che alla restituzione del prezzo. Questa opinione, peraltro, deve rigettarsi; essa, dice il Duvergier, non è fondata che su ragioni superficiali, e quasi sopra un giuoco di parole. Non si trova, nelle vendite forzate, un venditore propriamente detto, ma si trova un detentore, il quale, se non ha prestato il suo consenso alla vendita, ha saputo che la vendita aveva luogo; il quale, attribuendosi, sia pure in buona fede, il titolo di proprietario, mentre non lo era, ha cagionato un danno a colui che è divenuto compratore nell'aggiudicazione. Ciò che può rimproverarsi al venditore volontario, ciò che dà nascimento contro di lui all'azione di garantìa, lo si può parimente rimproverare al debitore espropriato (2).

Ma all'aggiudicatario, rimasto evitto dello stabile aggiudicatogli, non compete azione di garantìa contro i creditori soddisfatti. Alla garantìa in caso di evizione non è obbligato se non quegli che vende, o che promise l'evizione all'acquirente, e nelle vendite forzate, quantunque fatte *instante creditore*, non è il creditore che vende, ma il debitore, *cuius factum praestat judex;* onde, *justum est,* salvo il caso di speciale promessa o di dolo in via d'indennità, *ut ipse, non creditor, evictionem praestet* (3). « Nella sentenza di aggiudicazione altro non può ravvisarsi che una vendita giudiziale.

(1) V. Troplong, *De la vente,* num. 432.

(2) V. Duvergier, *Traité de la vente,* num. 345.

(3) Corte di appello di Modena; sentenza dei 19 novembre 1881; nel *Giornale delle leggi,* anno XIII, num. 11.

Per essa il dominio dei beni pegnorati dal debitore passa nell'aggiudicatario, e vi passa con quella norma e misura, con cui stava per lo innanti tra le mani dell'espropriato. Il consenso di costui a vendere, se manca nel momento dell'aggiudicazione, in quanto egli subisce e non vuole la espropriazione, sta *a priori* in tutti gli atti coi quali impegnava i suoi beni a pro dei creditori. Sin d'allora autorizzava, pel caso d'inadempimento, la vendita forzata dei beni, non potendo ignorare che il patrimonio del debitore sia dalla legge destinato alla guarentigia dei diritti dei creditori (1). » — « L'aggiudicatario, pagando il suo danaro secondo gli ordini del magistrato, non ha fatto che pagare per implicita delegazione del debitore espropriato; ed il creditore, che riscuota il suo avere dalle mani dell'aggiudicatario, per conto ed in luogo del suo debitore, non è tenuto a nulla. Egli non fa che ricevere ciò che gli era dovuto, e dopo che questa condizione, dello essergli legalmente dovuto, è stata accertata dal giudice (2). »

Sotto l'impero dell'antica giurisprudenza questa teoria era propugnata, fra gli altri, dal Mattei e dal de Luca. Il Mattei insegnava: « Quid ergo fiet, si evincatur res quam executor vendidit? num adversus debitorem agere emtor poterit? Et omnibus circumspectis, non iniquum videtur, utilem emti actionem adversus debitorem dari, quoniam pretium ab emtore solutum profecit debitori ad liberationem. Ita recte censuerunt, ex academicis, Duarenus, Cujacius, Donellus; ex pragmaticis, Argentreus, Colerus, Mangilius, Parladorius (3). » E il card. de Luca: « Judex vendere dicitur vice ac nomine debitoris, cujus mandatarii, vel administratoris partes gerit, unde propterea volitat per ora Practicorum in hoc proposito illud dicterium, quod factum Judicis reputatur factum Partis, quam ipsemet Judex vel ejus vice, juxta varios stylos, cursor, vel praeco, seu tubicina, qui venditionem facit, obligat ad evictionem favore licitatoris. Cautelam

(1) Corte di Cassazione di Napoli; sentenza dei 26 aprile 1880; nella *Gazzetta dei tribunali*, anno XXX, num. 3042 (3 giugno 1880).

(2) Corte di Cassazione di Roma; sentenza dei 6 luglio 1892 a sezioni unite; nella *Legge*, anno XXXII, Vol. II, pag. 37.

(3) V. Matthaei, *De auctionibus*, Lib. I, Cap. XIV; Trajecti ad Rhenum, 1653.

evictionis de jure praestare non tenentur creditores, ad quorum instantiam venditio fit (1). » Soltanto il debitore, cui *pretium profecit ad liberationem*, deve rispondere dell' evizione.

III. Estensione o diminuzione della garantìa. — Abbiamo più volte enunciato il principio, che l' obbligazione di garantìa è di diritto nei contratti di vendita. Il venditore è sottoposto a questa obbligazione, che deriva dalla natura medesima del contratto di vendita, anche quando non gli si possa rimproverare alcuna colpa, anche quando abbia del tutto ignorata la causa dell'evizione. La garantìa di diritto si può dalle parti estendere o diminuire con patti particolari. Ancora: poichè la garantìa non è dell' *essenza*, ma solo della *natura* della vendita, si può convenire che il venditore non sarà tenuto ad alcuna garantìa.

I contraenti possono con patti particolari accrescere l'effetto dell' obbligazione di garantìa (art. 1483). Ad esempio, per diritto comune, la *vis major*, sopravvenuta dopo il contratto, non fa parte dell' obbligazione legale di garantìa. Se il compratore, per fatto del principe, ha dovuto rilasciare la cosa, non può rivolgersi coll'azione di garantìa contro il venditore. Ma se venga stipulato, che il venditore sarà garante della forza maggiore o del fatto del principe, tale stipulazione sarà pienamente efficace (2).

I contraenti possono con patti particolari diminuire l'effetto dell' obbligazione di garantìa, e pattuire altresì che il venditore non sarà soggetto ad alcuna garantìa (art. 1483). Senza fermarci intorno alla rassegna delle varie clausole che possono adoperarsi dalle parti a tale uopo, crediamo miglior consiglio, sulle orme del legislatore, di ricordare taluni principî fondamentali in questa materia.

Quantunque siasi pattuito che il venditore non sarà soggetto ad alcuna garantìa, ciò non ostante egli resterà obbligato a quella che risulta da un fatto suo proprio. Qualunque convenzione in contrario è nulla (art. 1484). Non consente la buona fede che il venditore, il quale trae profitto dalla vendita, faccia ricadere sul compratore le conseguenze dei suoi propri fatti, e gli trasferisca delle cause di evizione

(1) V. De Luca, *De judiciis*, Disc. XL, num. 67 e 76; Venetiis, 1726.

(2) V. Troplong, *De la vente*, num. 465.

di cui egli sia l'autore, egli che è tenuto specialmente a proteggerlo. La buona fede deve dominare nei contratti; *fraus omnia corrumpit.* Quando si discusse il Codice francese, il Faure, nel suo Rapporto al Tribunato, notava in proposito: « Il serait contre toute justice de souffrir que le vendeur profitât de sa fraude, et contre toute raison de présumer que l'acquéreur a bien voulu lui permettre de le tromper impunément. » Si deve considerare, come procedente da un fatto personale del venditore, l'evizione che provenga, sia dall'annullamento o rescissione del suo titolo per causa di dolo, di violenza o di lesione, sia da una vendita anteriore da lui compiuta, sia da ipoteche da lui contratte. Ma non sono cause di evizione personali al venditore quelle che procedono dal fatto di una persona di cui egli è erede (1). In rapporto all'articolo 1484, vuolsi pure notare che la disposizione, la quale dichiara inefficace la clausola escludente garantìa pei fatti personali al venditore, è dettata in modo troppo assoluto. Il legislatore, diremo col Troplong, *aurait dû formuler sa pensée avec plus d'exactitude* (2). Infatti, il venditore può, col consenso del compratore, stipulare l'esenzione della garantìa per un fatto personale anteriore alla vendita, *che egli abbia dichiarato.* Quando non vi è reticenza, tutto è conforme alla buona fede, e dalla parte dei contraenti non vi è eccesso di potere.

Nello stesso caso di stipulata esclusione della garantìa, il venditore, accadendo l'evizione, è tenuto alla restituzione del prezzo, eccetto che il compratore fosse consapevole del pericolo dell'evizione all'atto della vendita o avesse comprato a suo rischio e pericolo (art. 1485). La clausola, colla quale si stipula che il venditore non sarà tenuto alla garantìa, lo dispensa dal prendere la difesa del compratore, e dal risarcirlo dei danni che può aver sofferti in conseguenza dell'evizione, ma non lo esonera dalla restituzione del prezzo, cui è tenuto *condictione sine causa.* Il compratore non s'è obbligato di pagare questo prezzo, e non lo ha effettivamente pagato, se non perchè il venditore gli ha promesso di fargli avere la cosa venduta; non avendo questi adempita la sua promessa, la causa per cui il compratore ha pagato il prezzo

(1) V. Aubry e Rau su Zachariae, Vol. I, § 355.
(2) V. Troplong, *De la vente,* num. 477.

più non sussiste, e quindi il venditore deve restituirlo. Il Diritto moderno mutuava questa regola di giustizia e di equità dal Diritto romano. « Et si aperte in venditione comprehendatur nihil evictionis nomine praestatum iri, pretium deberi, re evicta; utilitatem non deberi: nec enim bonae fidei contractus hanc patitur conventionem, ut emptor rem amitteret, et venditor pretium retineret. » (L. 11, § 18, D. *de actionibus empti et venditi*). Questa regola è soggetta a due eccezioni. La prima si verifica, quando il compratore all'atto della vendita ha conosciuto il pericolo dell'evizione, e tuttavia ha consentito alla stipulazione della clausola esclusiva della garantìa. La seconda, quando il compratore ha voluto comprare a suo rischio e pericolo; in tal caso, la vendita è rassomigliata dal Pothier a quella di una *gettata di reti* (1). In rapporto alla prima eccezione, vuolsi notare che, secondo Cuiacio, la conoscenza che ha il compratore del pericolo della cosa non forma giammai ostacolo alla ripetizione del prezzo. Accursio, Bartolo ed altri ritengono invece, che il compratore il quale ha pagato il prezzo, conoscendo il pericolo dell'evizione, non ha diritto di reclamarlo (2). Il Codice ha sancita la sentenza *erciscunda* propugnata dal Voet; il quale rigettava il sistema della scuola bartolista, quando non v'era altro che una semplice conoscenza della causa dell'evizione; ma negava la ripetizione del prezzo, quando alla conoscenza del pericolo dell'evizione si aggiungeva la clausola espressa di non garantìa (3).

IV. Obbligazioni del venditore nel caso di evizione totale. — Nel sistema dell'antico Diritto italiano, allo scopo di evitare controversie, nell'estimazione dei danni occasionati dall'evizione, era universale costume di pattuire la restituzione del prezzo ed altrettanto di soprappiù (4). Avuto riguardo all'ordinamento del Codice, quando la convenzione non modifica con patti particolari la garantìa di diritto, le

(1) V. Pothier, *Traité du contrat de vente*, num. 186.

(2) V. Fachineo, *Controversiarum juris*, Lib. II, Cap. XXX; Coloniae Agrippinae, 1660.

(3) V. Voet, *Comm. ad Pandectas*, Lib. XXI, tit. II, num. 31 e 32; Hagae-Comitum, 1731.

(4) V. Pertile, *Storia del Diritto italiano*, Vol. IV, § 156; Padova, 1874.

diverse prestazioni che il venditore deve al compratore evitto si possono ridurre a due: restituzione del prezzo e risarcimento dei danni.

A) Restituzione del prezzo. — Il Codice statuisce, che se fu promessa la garantìa o nulla fu stipulato su tale oggetto, il compratore che ha sofferta l'evizione ha diritto di domandare al venditore la restituzione del prezzo (art. 1486, num. 1.°). Il venditore deve restituire il prezzo che ha ricevuto. Tuttavia un compratore posteriore che, *omisso medio*, promovesse la sua azione in garantìa contro il venditore primigenio, non potrebbe ripetere un prezzo superiore a quello da lui pagato, sebbene agisse in virtù di una surrogazione espressa nei diritti del suo autore, che avesse comprato ad un prezzo più elevato. Come nota in proposito il Duvergier, se un compratore il quale non ha pagato che una tenue somma per acquistare la cosa, fra tutti i contratti che hanno preceduto il suo, fa ricorso a quello nel quale il prezzo è stato doppio o triplo della somma che egli ha pagato, e se pretende di aver diritto a questo prezzo, *il y a là une combinaison dont une conscience droite ne peut s' accomoder*. Il compratore evitto non può reclamare se non il prezzo da lui pagato, salvo il risarcimento dei danni. Ben è vero che il venditore trasmette tutti i suoi diritti e tutte le sue azioni sulla cosa venduta, e tra le altre azioni, anche l'azione di garantìa che ha contro il suo venditore; ma se, al tempo in cui questa cessione si opera, l'azione di garantìa contro il precedente venditore è modificata in conseguenza di qualche avvenimento o di una convenzione, *l'acheteur n'en est saisi que telle que les événements ou la convention l'ont faite* (1). Noi accettiamo con sicurezza questa dottrina.

Se quando si verifica l'evizione, la cosa venduta si trova diminuita di valore o notabilmente deteriorata, tanto per negligenza del compratore, quanto per forza maggiore, il venditore è ugualmente tenuto a restituire l'intero prezzo (articolo 1487). Il compratore, in virtù del suo titolo, s'è creduto proprietario. Come proprietario ha potuto usare ed abusare della sua cosa. « Qui quasi rem suam neglexit, nulli querelae subiectus est. » (L. 31, § 3, *de hereditatis petitione*). Non potrebbe lamentarsene il venditore; egli si è obbligato

(1) V. Duvergier, *Traité de la vente*, num. 371.

a garantire la proprietà della cosa venduta al compratore, e quindi gli ha dato quella coscienza del suo diritto, che lo ha spinto ad agire da padrone (1). Se però il compratore ha ricavato un utile dai deterioramenti da esso fatti, il venditore ha diritto di ritenere sul prezzo una somma corrispondente all'utile anzidetto (art. 1488).

Ciò che si è detto del deterioramento della cosa si deve applicare eziandio alla perdita di una porzione della medesima. « Si totus fundus quem flumen deminuerat evictus sit jure, non deminuetur evictionis obligatio, non magis quam si fundus deterior factus sit. » (L. 64, D. *de evictionibus*). Questa decisione di Papiniano dobbiamo accettarla anche sotto l'impero del Diritto moderno.

Perchè sia chiaro il sistema della legge a tal riguardo, si deve distinguere l'obbligazione di riparare il danno cagionato dall'evizione, dall'obbligazione di restituire il prezzo. Il Codice nostro, sulle orme del francese, ha considerata la restituzione del prezzo come dovuta in virtù di una *condictio sine causa*. Tale fu l'avviso del Molineo e del Pothier. Quando la cosa che ho comprata, dice il Pothier, venne dopo il contratto considerevolmente deteriorata e diminuita di prezzo, sia per mia negligenza, sia per caso fortuito; se, ad esempio, ho comprato una casa pel prezzo di 20,000 lire, e dopo la vendita gran parte delle fabbriche è stata distrutta dal fulmine, di guisa che valga presentemente 10,000 lire, ed in conseguenza l'interesse che ho presentemente di ritenere la cosa sia di un valore inferiore alle 20,000 lire, pure ho diritto, in caso di evizione, di domandare al mio venditore la restituzione dell' intero prezzo di lire 20,000. La ragione è questa: in tutti i contratti commutativi e bilaterali, come è il contratto di vendita, una delle parti non contrae la sua obbligazione verso l'altra, se non alla condizione che l'altra parte assolverà la sua obbligazione. Quindi, avendo contratto verso il mio venditore l' obbligazione di pagargli il prezzo, perchè egli mi ha promesso di osservare la sua, e non avendomi egli liberato dall' evizione, l' obbligazione da me contratta verso di lui del pagamento del prezzo, allo stesso modo del diritto che risultava a suo vantaggio da questa obbligazione, si sciolgono; il mio venditore allora non ha più alcun

(1) V. Troplong, *De la vente*, num. 488.

diritto sul prezzo che mi era obbligato di pagargli, e se è stato pagato, nulla può ritenere, ed io posso ripeterlo integralmente, *condictione sine causa.* D' altra parte, notava il Molineo: « Cur tu, cum non esses dominus, nullique juris haberes, lucraberis partem pecuniae meae, cum jactura mea? Cur qui non dominus et alium decepit, versabitur in lucro, deceptus vero in damno (1)? » È apertamente contrario all' equità, che il venditore il quale m' inganna vendendomi una cosa che non gli appartiene, profitti di ciò per guadagnare, a mio carico, una parte del prezzo (2).

B) Risarcimento dei danni. — Il Codice determina con molta precisione le diverse cause di danni al cui risarcimento ha diritto il compratore che sperimenta l'azione di garantìa contro il venditore.

1) Restituzione dei frutti, quando il compratore sia obbligato di restituirli al proprietario che ha rivendicato la cosa (articolo 1486, num. 2.°). Il compratore è tenuto alla restituzione dei frutti nel caso che sia possessore di mala fede, vale a dire, quando abbia scientemente acquistata la cosa altrui. È stato opportunamente osservato, che la disposizione dell' articolo 1486 è in manifesta contraddizione con quella contenuta nell' articolo 1459. E, veramente, il compratore, e lo abbiamo dianzi avvertito, non può essere tenuto a restituire i frutti al proprietario rivendicante se non quando sia possessore di mala fede; imperciocchè il possessore di buona fede fa suoi i frutti, e non è tenuto a restituire se non quelli che gli siano pervenuti dopo la domanda giudiziale (art. 703). Ora, il compratore è reputato in mala fede quando, al momento dell'acquisto, sapeva che colui il quale gli vendeva la cosa non aveva il dominio della medesima. Adunque il Codice, obbligando il venditore a restituire i frutti al compratore, allorchè questi è tenuto a renderli al proprietario, gli impone tale obbligo nel caso in cui il compratore è stato in mala fede al tempo del contratto; imperciocchè soltanto in questa ipotesi il proprietario può dal compratore esigere la restituzione dei frutti percetti. Avuto riguardo all'articolo 1459, si trova nel medesimo statuito, che la rivendicazione della cosa altrui può dar luogo al risarci-

(1) V. Molineo, *De eo quod interest,* num. 68; Parisiis, 1681.

(2) V. Pothier, *Traité du contrat de vente,* num. 69.

mento del danno sol quando il compratore ignorava che la cosa era d'altri; e questo vuol dire che il compratore di mala fede, siccome compartecipe della colpa del venditore, non ha diritto al risarcimento dei danni. Come si concilia la disposizione dell' articolo 1459, che nega al compratore di mala fede qualsiasi azione per ottenere il risarcimento dei danni, colla disposizione dell'articolo 1486, che gli conferisce il diritto ad una indennità consistente nel riavere dal venditore i frutti, che il compratore ha dovuto restituire al proprietario rivendicante (1)?

2) Rimborso delle spese fatte dal compratore in conseguenza della denunzia della lite al suo autore, e quelle fatte dall'attore principale (art. 1486, num. 3.°). Ma il compratore che persiste a sostenere la lite, dopo che il venditore ha dichiarato che non avea mezzi per far rigettare la domanda o la difesa principale, deve sopportare tutte le spese fatte dopo tale dichiarazione (2). Vuolsi pure notare, che il venditore è tenuto al rimborso delle spese della lite sol quando l'evizione si compia; egli non vi è tenuto, quando l' azione del terzo è stata vittoriosamente respinta. In tal caso, la lite deve considerarsi come un fatto illegittimo del terzo, di cui il venditore è del tutto irresponsabile. « Quando l'azione di revindica è stata rigettata, e la evizione non si è sofferta, il garante a nulla è tenuto, perchè non è obbligato a rispondere del fatto dei terzi, che hanno promossa una lite ingiusta (3). » D'altra parte, il Codice dà diritto al risarcimento dei danni al compratore *che ha sofferta l'evizione;* è questa la formola dell'articolo 1486.

3) Rimborso delle spese e dei legittimi pagamenti fatti pel contratto (art. 1486, num. 4.°). Il compratore ha fatto queste spese e questi pagamenti per avere la cosa, ed egli le perde perchè il venditore gli ha alienata la cosa altrui, e non ha potuto soddisfare all' obbligazione di fargli avere il pacifico possesso della cosa medesima. Il compratore ha diritto al rimborso delle spese erogate per la carta da bollo,

---

(1) V. Ricci, *Corso teorico pratico di Diritto civile,* Vol. VII, numero 164.

(2) V. Zachariae, *Cours de droit civil,* Vol. I, § 355.

(3) Corte di Cassazione di Napoli; sentenza dei 7 dicembre 1875; nella *Giurisprudenza italiana,* anno 1876, parte I, pag. 306.

pel registro, per l'onorario del notaio, per la trascrizione del contratto di acquisto (1).

4) Risarcimento degli altri danni (art. 1486, num. 4.°). Se le prestazioni precedentemente enunciate non bastano per indennizzare integralmente il compratore, egli potrà reclamare il risarcimento degli altri danni che per avventura avrà sofferti. Questi danni possono derivare da tre cause, che noi, sulle orme del Codice, richiameremo distintamente.

Prima causa. — Se la cosa venduta fosse aumentata di prezzo al tempo dell'evizione, anche indipendentemente dal fatto del compratore, il venditore è tenuto a pagargli ciò che supera il prezzo della vendita (art. 1489). Se però la plusvalenza fosse talmente enorme da sorpassare tutte le previsioni e tutte le probabilità, il venditore di buona fede non dovrebbe essere condannato a pagarla per intero al compratore. Egli non dovrebbe pagare che la somma più elevata, alla quale, nel momento del contratto, le parti potevano credere che i danni potessero ammontare. Tale fu la sentenza propugnata dal Molineo e dal Pothier. Nel Diritto moderno, il Troplong la chiama *conforme all' equità* (2), e il Duvergier l'adotta pienamente, dimostrando che il legislatore francese coll'articolo 1633 (cui risponde l'articolo 1489 del Codice italiano), non ha voluto derogare al principio generale fermato nell'articolo 1150 (articolo 1228 del Codice italiano) (3).

Seconda causa. — Il venditore è tenuto a rimborsare il compratore o a farlo rimborsare da chi ha rivendicato il fondo, di tutte le riparazioni e di tutti i miglioramenti utili che vi avrà fatti (art. 1490). L' ammontare dei danni si determina sempre con la plusvalenza, ossia con la differenza del prezzo di vendita col valore della cosa al momento dell'evizione. Il venditore è tenuto a pagare integralmente la plusvalenza, sebbene sia superiore alle somme erogate dal compratore: ma, d' altra parte, deve soltanto questa plusvalenza, quando anche sia inferiore a tali somme. L' evizione difatto priva il compratore del solo maggior valore della cosa. La differenza in meno tra questo maggior valore e le somme da lui ero-

(1) V. Pacifici-Mazzoni, *Trattato della vendita,* Vol. I, num. 230; Firenze, 1882.

(2) V. Troplong, *De la vente,* num. 507.

(3) V. Duvergier, *Traité de la vente,* num. 369.

gate era già perduta per lui al momento della evizione. L'indennità cui è tenuto il venditore verso il compratore, per le costruzioni e pei miglioramenti da costui fatti, non è soggetta alle norme che governano quella cui il compratore può aver diritto contro il terzo che evince, e che forma oggetto dell'articolo 450 del Codice. Può avverarsi, che il compratore non possa domandare a quest'ultimo alcuna indennità, e che tuttavia abbia diritto al risarcimento dei danni contro il venditore. E può ancora avverarsi il caso, che la indennità pagatagli dal terzo che lo evince sia inferiore a quella dovutagli dal venditore (1).

Terza causa. — Il venditore, se ha venduto in mala fede il fondo altrui, è tenuto a rimborsare il compratore di tutte le spese, anche voluttuarie, che questi avesse fatto sul fondo (art. 1491). In altra parte del nostro lavoro abbiamo determinato quale è il concetto delle *spese voluttuarie*, che si distinguono dalle *spese necessarie* e dalle *spese utili*. Qui giova osservare che se troviamo la mala fede anche da parte del compratore, vale a dire, se questo compratore non ignorava che la cosa era d'altri, non dovrebbe trovare applicazione l'articolo 1491, dianzi riferito; ed invece dovrebbe avere impero la disposizione racchiusa nell'articolo 1459, che la vendita della cosa altrui può dar luogo al risarcimento dei danni, se il compratore ignorava che la cosa era d'altri.

V. Obbligazioni del venditore nel caso di evizione parziale. — La evizione parziale si avvera in due casi: in primo luogo, quando il compratore è evitto soltanto di una parte della cosa; in secondo luogo, quando il fondo venduto è gravato di servitù non apparenti, delle quali non si è fatta dichiarazione.

A) Evizione di una parte della cosa venduta. — Il compratore, se ha sofferta l'evizione di una parte della cosa, e questa parte è relativamente al tutto di tale entità che non avrebbe comprato il tutto senza la parte colpita dall'evizione, può fare sciogliere il contratto di vendita (art. 1492). Se nel caso di evizione di una parte del fondo venduto non si è sciolta la vendita, il compratore sarà rimborsato dal venditore del valore della parte colpita dall'evizione secondo la stima al tempo dell'evizione, e non in proporzione del prezzo

(1) V. Aubry e Rau su Zachariae, Vol. I, § 355.

totale della vendita, tanto se la cosa venduta sia aumentata, quanto se sia diminuita di valore (art. 1493).

In altre parole, in caso di evizione parziale, il compratore ha la scelta di domandare una indennità proporzionata alla perdita che ha sofferta, o lo scioglimento della vendita, quando la parte di cui è evitto è di tale importanza, da doversi presumere che la compra non avrebbe avuto luogo senza di quella. Nell'ipotesi contraria, ha diritto solo ad una indennità; la quale si determina secondo il valore, al tempo dell'evizione, della parte di cui il compratore è stato evitto, e non proporzionatamente al prezzo totale della vendita; poco importa, che la cosa venduta sia aumentata o diminuita di valore, e che l'evizione cada sopra una parte materialmente determinata o sopra una porzione indivisa della cosa. La generalità delle parole, di cui fa uso il legislatore nella disposizione contenuta nell'articolo 1493, non ammette alcuna distinzione.

Questa disposizione, relativa all'evizione parziale, discorda da quella dell'articolo 1487, relativa alla evizione totale, in virtù della quale se, quando si verifica la evizione, la cosa venduta si trova diminuita di valore o notabilmente deteriorata, il venditore è egualmente tenuto a restituire l'intero prezzo. L'ordinamento del nostro Codice è conforme a quello racchiuso nel Codice francese. Il Troplong lo ha censurato. « Pourquoi se montrer infidéle aux principes généraux qu'on a soi-même posés, le tout pour introduire dans un système qu'il était si facile de lier dans toutes ses parties, des disparités dont on ne saurait rendre raison (1)? » L'Aubry ed il Rau, pure ammettendo che sarebbe stato più logico di applicare alla evizione parziale il principio adottato per l'evizione totale, e specialmente applicarlo alla evizione di una parte indivisa della cosa venduta, osservano che l'ordinamento della legge può giustificarsi sino ad un certo punto, ove si consideri che l'evizione totale risolvendo il contratto obbliga necessariamente il venditore a restituire l'intero prezzo che ha ricevuto, e che oramai resterebbe nelle sue mani senza ragione. Quando il legislatore statuiva sopra un'ipotesi in cui il contratto continua a sussistere, poteva circoscri-

(1) V. Troplong, *De la vente*, num. 517.

vere la indennità dovuta al compratore alla perdita reale da lui sofferta (1).

B) Esistenza di servitù non apparenti. — Se il fondo venduto è gravato di servitù non apparenti, senza che se ne sia fatta dichiarazione, e queste sono di tale entità da far presumere che il compratore, ove ne fosse stato avvertito, non lo avrebbe comprato, egli può domandare lo scioglimento del contratto, quando non prescelga di contentarsi di un'indennità (art. 1494). Se il venditore ha venduto il fondo *uti maximus optimusque est* (formola di cui servivansi i Romani, per indicare che il fondo era libero d'ogni peso e servitù), *hoc significat,* dice Paolo, *ut liberum praestetur praedium* (L. 169, D. *de verborum significatione*). Egli sarà tenuto alla garantìa e delle servitù non apparenti e delle servitù apparenti. Ma, se nel contratto non si trova nessuna stipulazione in proposito, e si viene a scoprire una servitù non apparente non dichiarata dal venditore, e di tale entità da doversi presumere ragionevolmente che il compratore, ove ne fosse stato avvertito, non avrebbe comprato il fondo, egli può domandare sia una indennità, sia anche lo scioglimento del contratto. Ma l'indennità può sempre da lui domandarsi, anche quando la servitù non sia di tale entità da concedergli il diritto di chiedere lo scioglimento del contratto. Le servitù apparenti, e quelle che gravano sulla cosa venduta per sola forza della legge, non dànno diritto ad indennità a favore del compratore, il quale si suppone averle conosciute, o deve a sè stesso imputare di averle ignorate. E questa la teoria ragionevolissima insegnata dallo Zachariae. Ancora: il venditore non è obbligato ad alcuna garantìa per le servitù non apparenti non dichiarate, quando si provi che il compratore ne aveva notizia all'atto della vendita. Il Laurent richiama in proposito una legge romana, dove è detto che è inutile istruire colui che è già istruito. Nella ipotesi da noi figurata di che potrebbe lamentarsi il compratore? « Dira-t-il qu'il n'aurait pas acheté si la servitude avait été déclarée? On lui répondra qu'il a acheté connaissant la charge. Dira-t-il qu'il aurait acheté à un prix moindre? On lui répondra qu'il a pu tenir compte de la charge en débattant le prix, et que

(1) V. Aubry e Rau su Zachariae, Vol. I, § 355.

s'il ne l'a pas fait, il doit se l'imputer à lui-même (1). » È questa una risoluzione che è imposta dai principî fondamentali del diritto.

Troviamo nel Codice un articolo, che è comune alle due ipotesi, della evizione totale e della evizione parziale. Il Codice statuisce, che le altre quistioni che possono nascere pel risarcimento dei danni dovuti al compratore per l'inesecuzione della vendita, debbono essere decise secondo le regole generali stabilite nel titolo *Delle obbligazioni e dei contratti in genere* (art. 1495). Disposizione sovrabbondante, osserveremo col Troplong; imperciocchè niuno ignora, che i principî stabiliti nel titolo, *Delle obbligazioni e dei contratti in genere,* si riferiscono a tutti i contratti, e quindi ancora alla vendita.

VI. Liberazione dalle conseguenze della garantìa. — Quando il compratore ha evitato l'evizione del fondo, mediante il pagamento di una somma di danaro, il venditore può liberarsi da tutte le conseguenze della garantìa, rimborsandolo della somma pagata, degli interessi e di tutte le spese (art. 1496). Presso la Commissione Coordinatrice delle disposizioni del Codice civile, il De Foresta propose che a questo articolo si aggiungessero le parole: *l' istanza del venditore dovrà esser fatta nella contestazione della lite e prima d'ogni altra eccezione.* « Non crede il proponente che sarebbe giusto che quando il venditore, invece di adempiere immediatamente la sua obbligazione, contesti l'evizione e faccia sostenere una lite al compratore, possa poi in fine di essa, e dopo avergli cagionato disturbi e spese, liberarsi da ogni obbligo suo mediante il semplice rimborso della somma pagata anzichè soddisfarlo di tutto l'ammontare della evizione, come poteva competere al creditore che fu disinteressato dal compratore, e nei diritti del quale questo è subentrato. » Ma tale proposta non fu accolta dalla Commissione, per la considerazione che il compratore dovrà sempre imputare a sè stesso di non avere chiamato fin da principio il venditore in causa, e che del resto in fatto di danni, qualunque sia la colpa di chi li deve, non possano mai pretendersi al di là di quelli che si siano realmente sofferti (2).

(1) V. Laurent, *Principes de droit civil,* Vol. XXIV, num. 268.
(2) Verb. num. 37 della Commissione Coordinatrice.

VII. Cessazione della garantìa. — Osservava Ansaldo de Ansaldis: « Emptores multoties affectare solent molestias, ne pretium solvant (1). » Ed il Menochio: « Debitores versuti et callidi, cum fidem fallere exoptant, ne scilicet tempore praestituto solvant creditoribus rei emptae pretium, ea cautela uti solent: cum solutionis tempus prope esse vident, curant amici et interpositae personae nomine litem super re ab eis emptae moveri, ita ut objicere possint creditori, evictionis periculum imminere, atque ita cogi non posse pretium rei emptae solvere (2). » Talvolta si avvera, che il compratore non finge il pericolo dell'evizione, ma effettivamente la provoca o almeno la desidera, perchè ha interesse di essere evitto. Se un avvenimento di forza maggiore deteriora la cosa comprata, se per effetto di variazione nel prezzo dei beni, essa perde una parte del suo valore primigenio, sarà pel compratore una buona fortuna l'azione di rilascio da un terzo promossa contro di lui; imperciocchè, e lo abbiamo osservato superiormente, egli, in caso di evizione, avrà diritto all'intero prezzo contro il venditore. Ma ciò sarebbe contrario al principio della stabilità dei contratti (3). Avuto riguardo a queste considerazioni, il Codice statuisce, che la garantìa per causa di evizione cessa quando il compratore si è lasciato condannare con una sentenza passata in giudicato senza chiamare in giudizio il venditore, se questi prova che vi erano sufficienti motivi per far respingere la domanda (art. 1497).

Per la esatta intelligenza dell'articolo 1497 del nostro Codice, che riproduceva l'articolo 1640 del Codice Napoleone, dobbiamo richiamare una decisione del Supremo Collegio di Francia. L'eccezione che il venditore può opporre all'azione di garantìa non può essere invocata da un terzo che, non avendo la qualità di venditore, semplicemente fu indicato per ricevere il pagamento (4). Il terzo designato per ricevere il pagamento non può prevalersi dei diritti che spettano al ven-

(1) V. De Ansaldis, *De commercio et mercatura,* Disc. LVIII, num. 22; Coloniae Allobrogum, 1751.

(2) V. Menochio, *De arbitrariis judicum quaestionibus et causis,* Cas. CCXXIV, num. 1; Coloniae Allobrogum, 1671.

(3) V. Troplong, *De la vente,* num. 540.

(4) Corte di Cassazione di Francia; arresto degli 11 gennaio 1893; V. Dalloz, *Recueil périodique,* anno 1895, parte I, pag. 179.

ditore; esso non ha che una sola missione, quella di ricevere il pagamento. Di qui risulta che, sotto nessun rapporto, gli è consentito di invocare l' eccezione concessa dalla legge al venditore. Non può invocarla in nome del venditore, poichè la sua missione non si estende sino a questo punto, la missione che ha avuto il suo termine ricevuto il pagamento. Non può invocarla in suo nome personale, perchè egli non ha la qualità di venditore.

2.°

Della garantia pei vizi o difetti occulti della cosa venduta.

Il venditore deve garantire al compratore non solo un possesso *pacifico*, ma eziandio un possesso *utile*. Nella cosa venduta vi sono delle qualità che la rendono più o meno atta allo scopo cui è destinata. Il venditore, in ossequio ai dettami della buona fede, deve garantire la esistenza delle qualità essenziali della cosa alienata. Se per avventura egli non fosse soggetto a questa garantìa, il compratore alcune volte sarebbe costretto a ritenere una cosa di nessun valore. Anche a tal riguardo il Diritto moderno ha calcato le orme del Diritto romano.

I. Concetto generale dell'istituto. — Il venditore è tenuto a garantire la cosa venduta dai vizi o difetti occulti che la rendono non atta all' uso cui è destinata, o che ne diminuiscono l'uso in modo che se il compratore gli avesse conosciuti, o non l' avrebbe comprata o avrebbe offerto un prezzo minore (art. 1498). Adunque, non ogni vizio, non ogni difetto della cosa venduta dà luogo alla garantìa del venditore. I vizi debbono rendere la cosa, assolutamente o relativamente, non atta all' uso cui è destinata: *si quid tale fuerit vitii sive morbi, quod usum impediat;* altrimenti, essi *contemni potuerunt* (L. 1, § 8, D. *de aedilitio edicto*) (1). Se il venditore fosse tenuto a garantire la cosa da ogni vizio e da ogni difetto, niuna vendita sarebbe più assicurata; ogni compratore muoverebbe lamenti, ogni venditore soffrirebbe

(1) V. Maynz, *Cours de Droit romain*, Vol. II, § 213; Bruxelles, 1877.

molestie. Il più delle volte un venditore aliena la cosa che gli appartiene perchè vi trova alcuni inconvenienti, o perchè non gli è più gradita. *Ille quod non placebat, proscripsit,* dice Cicerone (1). Il venditore non offende i dettami della buona fede quando, nell'alienare la cosa, serba silenzio sui motivi che lo hanno spinto alla vendita. Ciò che non conviene ad una persona può convenire ad un'altra. I gusti sono relativi. E, d'altra parte, il compratore dovea sapere, giudicando da sè stesso, che egli non comprava una cosa perfetta, una cosa di una bontà assoluta. Deve decidersi altrimenti quando, ed è la ipotesi che prevede il Codice, il vizio dell'oggetto venduto è capitale, quando rende l'oggetto improprio all'uso cui è destinato, od anche semplicemente ne diminuisce l'uso; in questi casi vi è luogo a garantìa (2).

Il venditore non è obbligato pei vizi apparenti, e che il compratore avrebbe potuto da sè stesso conoscere (art. 1499). In altre parole, il venditore non è obbligato alla garantìa di quei vizi che il compratore avrebbe potuto conoscere, verificando esattamente la cosa, salvo il caso che anche per essi vi fosse stipulazione espressa di garantìa. Ciò deve affermarsi anche quando, al momento della vendita, vi fossero delle difficoltà nel compiere la verificazione; ad esempio, per la circostanza che la cosa fosse collocata in un luogo *d'ogni luce muto,* o al disotto di altre cose (3). Il Duranton insegna il contrario, argomentando dall'inciso dell'articolo 1642 del Codice francese, riprodotto nell'articolo 1499 del Codice italiano: *e che il compratore avrebbe potuto da sè stesso conoscere* (4). Ma, come bene osserva il Laurent, questo inciso « ne dit pas ce que Duranton lui fait dire. » Se il compratore può conoscere il vizio verificando la cosa, non ha diritto alla garantìa. La legge non distingue, se la verificazione è più o meno difficile. Tutto ciò che il giudice deve constatare è questo, se il compratore poteva da sè stesso conoscere il vizio (5). Deve decidersi altrimenti quanto alle vendite di mercanzie che il compratore, giusta la consuetudine, verifica

---

(1) V. Cicerone, *De officiis,* Lib. III, num. 13.
(2) V. Troplong, *De la vente,* num. 547.
(3) V. Duvergier, *Traité de la vente,* num. 391.
(4) V. Duranton, *Cours de Droit français,* Vol. XVI, num. 338.
(5) V. Laurent, *Principes de droit civil,* Vol. XXIV, num. 284.

soltanto al proprio domicilio; deve allora ritenersi, che il venditore abbia garantito ogni sorta di vizi, apparenti e non apparenti (1).

Il venditore è obbligato pei vizi occulti quantunque non gli fossero noti, eccetto che avesse stipulato di non essere in questo caso tenuto ad alcuna garantìa (art. 1500). Il venditore può egli stesso ignorare i vizi occulti della cosa. Questa circostanza rende minore la sua risponsabilità, ma non toglie efficacia all'obbligazione principale di garantìa. Il legislatore giustamente fa eccezione a questa regola, pel caso in cui si fosse stipulata la esenzione della garentìa pei vizi occulti ignoti allo stesso venditore. E qui dobbiamo richiamare il principio fondamentale in questa materia, che, per regola generale, un vizio, sebbene occulto, non dà luogo a garantìa, se non quando renda la cosa più o meno impropria all'uso cui è destinata.

La garantìa pei vizi o difetti occulti della cosa venduta ha luogo con maggior frequenza nella vendita di cose mobili, e soprattutto nelle vendite di animali. Ciò non toglie che talvolta possa aver luogo anche in rapporto alle vendite di immobili. Dice Ulpiano: « Etiam in fundo vendito redhibitionem procedere, nequaquam incertum est: veluti si pestilens fundus distractus sit: nam redhibendus est. » (L. 49, D. *de aedilitio edicto*). È il caso in cui dal suolo emanino dei miasmi pestilenziali. Troviamo pure nelle fonti una Costituzione degli imp. Diocleziano e Massimiano, dove è detto: « Si pestibilis fundus, id est, pestibiles herbas, vel lethiferas habens, ignorante emptore, distractus sit, eum quoque redhibendus esse constat. » (L. 4, Cod. *de aedilitiis actionibus*). Vogliamo in proposito richiamare una sentenza del Supremo Collegio di Palermo, dove è accolta la massima, che la filossera, esistente in un vigneto allo stato latente, costituisce un vizio che dà luogo all'azione redibitoria. Si diceva, innanzi alla Corte, per negare il diritto all'azione redibitoria, che « la cosa venduta era la sostanza, cioè la terra, la quale era suscettibile di diverse colture, per modo che il compratore con invertire la coltura avrebbe potuto non risentir danno. » Rispose la Corte, che questo dovea reputarsi « un grave errore, imperocchè la cosa venduta fu la terra già destinata a vigna,

(1) V. Aubry e Rau su Zachariae, Vol. I, § 355.

e lo intendimento delle parti fu appunto la vendita del terreno consustanziato nel sistema di coltura per uso di vigneto. » Il concetto contrario « renderebbe quasi impossibile la garentìa degli immobili rusticani, poichè dovrebbe sparire il terreno onde darsi luogo all'azione redibitoria. Così, se si vende un vasto oliveto, si dirà che la sostanza è la terra, e se gli alberi son danneggiati da vizi occulti, che li fan deperire, nulla importa, perchè il compratore può immutarne la coltura. Così anche per gli agrumeti ed altre piantagioni stabili, che costituiscono colla terra la sostanza (1). »

L'azione redibitoria nella vendita di animali non ha luogo che per i vizi determinati dalla legge o da usi locali (articolo 1505). Come si trova enunciato nei trattati di *Zoojatria legale*, si debbono distinguere le malattie comuni ad ogni animale destinato all'agricoltura o al trasporto, e le malattie particolari alle varie specie di animali. Le malattie comuni sono il *carbone* detto anche *antrace*, il *malasso*, la *dispnea*, l'*amaurosi*, la *scabbia* ecc. Le malattie speciali al bestiame vaccino sono il *vaiuolo*, la *galatirrea*, la *pleuropneumonia cronica*, la *metridite*, l'*ematuria* ecc. Le malattie speciali ai cavalli, agli asini ed ai muli sono il *giro di luna*, il *moccio*, il *farcino*, il *sibilo cronico*, l'*allentatura* o *sforzo* ecc. Le malattie speciali agli animali suini sono la *lebbra*, la *risipola* detta pure *fuoco sacro* o *mal rosso* ecc. (2). Ma qui dobbiamo ricordare il principio accolto dal Supremo Collegio di Napoli, che la vendita degli animali, oltre al rescindersi per vizi redibitori a norma di legge, si può impugnare anche per dolo, violenza od errore nel consenso. Nella specie si trattava di una vendita di cavalli. Il venditore aveva con una mistura colorante occultate le piaghe che avevano i cavalli alle gambe. La Corte di merito ritenne che il contratto dovea rispettarsi dal compratore, imperciocchè non trattavasi di vizi determinati dalla legge o dagli usi locali agli effetti dello sperimento dell'azione redibitoria; e, in rapporto all'errore, questo nella specie non era invincibile, imperciocchè « la era una manovra che l'uomo del mestiere avrebbe potuto smascherare, perchè la vernice non è pelle e non ha pelo; era una impo-

(1) Corte di Cassazione di Palermo; sentenza degli 11 settembre 1890; nella *Legge*, anno XXXI, Vol. I, pag. 125.

(2) V. Cuturi, *Della vendita*, § 114 in nota; Napoli, 1891.

stura, che con un lavaggio si sarebbe mandata in aria. » Osservò la Cassazione: « A questo ragionamento si oppongono i principî legali governanti l'istituto della frode. Subbiettivamente la frode è il rigiro, l'artifizio, il maneggio doloso atto ad ingannare l'altrui buona fede. Fino a che la si riguardi subbiettivamente, potrà discutersi se questo o quello artifizio sia atto ad ingannare altrui. Ma quando lo scopo dell'inganno siasi conseguìto, quando il danno sia stato prodotto, quando siasi carpito danaro, o una obbligazione, non è più a farsi quistione se il rigiro sia tale da ingannare altrui, quante fiate il danno sia stato già prodotto, l'inganno sia avvenuto e resti a saldo e perenne documento della attitudine del mezzo adoperato (1). »

L'azione redibitoria non ha luogo nelle vendite giudiziali (art. 1506). In queste vendite ordinariamente le cose si comprano ad un prezzo inferiore al loro valore. D'altra parte, esse importano delle formalità e delle spese più considerevoli di quelle che si avverano nelle altre vendite. Con savio consiglio il legislatore non ha voluto che, per effetto dell'azione redibitoria, si togliesse efficacia alle medesime (2).

II. Azione redibitoria ed azione estimatoria. — Il compratore, nei casi indicati dalla legge, e che noi abbiamo superiormente riferiti, ha la scelta di rendere la cosa e farsi restituire il prezzo, o di ritenerla e di farsi restituire quella parte di prezzo, che sarà determinata dall'autorità giudiziaria (art. 1501). Adunque, due azioni competono al compratore, cui si è consegnata una cosa viziata: l'azione *redibitoria* e l'azione *estimatoria*, o *quanti minoris*. Come osserva in proposito Ulrico Ubero: « Redhibitoria datur emptori contra venditorem, ut is rem venditam recipiat pretiumque restituat, una cum usuris et eo quod interest. Aestimatoria datur eidem emptori contra venditorem ad repetendum de pretio, quanti res ob vitium minoris est quam vendita fuit (3). » La prima azione dicesi *redibitoria*, perchè ha per iscopo la restituzione. « Redhibere, dice Ulpiano, est facere ut rursus

---

(1) Corte di Cassazione di Napoli; sentenza dei 17 ottobre 1891; nel *Foro italiano*, anno 1892, parte I, pag. 265.

(2) V. Troplong, *De la vente*, num. 583.

(3) V. Ubero, *Pandectarum*, Lib. XXI, tit. I, num. 3; Lipsiae, 1725.

habeat venditor quod habuerit; et quia reddendo id fiebat, idcirco *redhibitio* est appellata, quasi redditio. » (L. 21, D. *de aedilitio edicto*). La seconda azione chiamasi *estimatoria* o *quanti minoris*, perchè essa si propone di costringere il venditore a sopportare una diminuzione di prezzo, a profitto del compratore che consente a ritenere la cosa. Ma qui dobbiamo osservare che, nella terminologia del Codice, la espressione, *azione redibitoria*, è generica, e comprende tanto l'azione redibitoria propriamente detta, quanto l'azione *estimatoria*. Il compratore, che ha esercitato una di queste due azioni, può in sèguito esercitare l'altra? Giovanni Voet risponde negativamente: « Plane, si una ex his emptor egerit, altera agere amplius non potest, exceptione rei judicatae repellendus. » Ed allo stesso modo rispondono gli scrittori moderni, tra cui giova citare specialmente il Duranton ed il Troplong. Come decideva il Supremo Collegio di Torino, ai termini dell'articolo 1501 Codice civile, il compratore può scegliere liberamente tra l'azione redibitoria e l'azione *quanti minoris*. Non implica rinunzia al diritto di scelta il fatto del compratore che provvede a riparare i guasti della cosa (1).

III. Obbligazioni del venditore.—Nel caso che il compratore sperimenti l'azione redibitoria, se il venditore conosceva i vizi della cosa venduta, è tenuto, oltre alla restituzione del prezzo ricevuto, al risarcimento dei danni verso il compratore (art. 1502). Se il venditore ignorava i vizi della cosa, non è tenuto che alla restituzione del prezzo, e a rimborsare il compratore delle spese fatte per causa della vendita (articolo 1503). Nel primo caso si deve punire il dolo del venditore. Il compratore potrà esigere di essere risarcito dei danni che ha sofferto *propter rem ipsam*, ed anche di quelli che ha sofferto *extrinsecus* (2). Nel secondo caso la buona fede del venditore è una scusa legittima, che si deve prendere in considerazione per moderare le conseguenze della sua responsabilità. Egli sarà tenuto unicamente alla restituzione del prezzo ed al rimborso delle spese fatte per causa della vendita; *si quid emptionis causa erogatum sit*, come dicevano le leggi romane.

---

(1) Corte di Cassazione di Torino; sentenza dei 7 agosto 1894; nella *Legge*, anno XXXIV, Vol. II, pag. 588.

(2) V. Troplong, *De la vente*, num. 574.

IV. Effetti della perdita della cosa.—Se la cosa, che era difettosa, è perita in conseguenza dei suoi difetti, il perimento sta a carico del venditore, il quale è tenuto verso il compratore alla restituzione del prezzo, ed alle altre indennità superiormente indicate. È però a carico del compratore il perimento derivante da caso fortuito (art. 1504). Come si ricava da due frammenti, l'uno di Ulpiano, l'altro di Paolo (L. 31, § 11; L. 47, § 1, *de aedilitio edicto*), nel sistema del Diritto romano, si ammetteva l'azione redibitoria, anche quando la cosa era perita per caso fortuito, o per colpa del compratore, il quale, nella peggiore ipotesi, dovea soltanto subire la deduzione del valore della cosa al momento in cui fu venduta. L'Aubry ed il Rau osservano, che la teoria romana è conforme all'equità ed ai principî generali del Diritto. E soggiungono: « Malamente i compilatori del Codice l'hanno abbandonata per stabilire un sistema, più comodo senza dubbio nella pratica, ma che lede evidentemente i diritti del compratore, e riposa sopra una falsa applicazione della massima, *res perit domino* (1). » Ma la disposizione del Codice francese, riprodotta dal nostro Codice, si spiega agevolmente. Il compratore, che ha diritto di esercitare l'azione redibitoria, è proprietario sotto condizione risolutiva, e quindi la perdita della cosa avveratasi *pendente conditione* deve essere a suo carico. Nondimeno, aggiungeremo col Baudry-Lacantinerie, se, al momento in cui si avvera la perdita per caso fortuito, il compratore avea già promossa l'azione redibitoria (o quella *quanti minoris*), dovrebbe l'azione avere il suo corso, egli avrebbe diritto a provare il fondamento della sua domanda. « On sait que le juge doit, pour apprécier la légitimité d'une prétention, se reporter à l'époque où la démande a été introduite, les plaideurs ne devant pas souffrir des lenteurs de la justice, parce qu'elles ne leur sont pas imputables (2). » E quando la domanda è anteriore alla perdita, questa non può vulnerare il diritto del compratore.

V. Tempo in cui deve proporsi l'azione redibitoria.—Nel sistema del Diritto romano, l'azione redibitoria durava sei mesi, e l'azione *estimatoria* o *quanti minoris* durava un anno (L. 19,

---

(1) V. Aubry e Rau su Zachariae, Vol. I, § 355.

(2) V. Baudry-Lacantinerie, *Précis de droit civil*, Vol. III, num. 566; Paris, 1892.

D. *de aedilitio edicto*). Cuiacio osserva che gli Edili mutuarono questi termini dalle *Leggi* di Platone. Anche il nostro Codice prefinisce dei limiti ristretti per lo sperimento dell'azione redibitoria (nella quale, e lo abbiamo già notato, si comprende anche l'azione *quanti minoris*). Statuisce il Codice, che l'azione redibitoria, la quale proviene dai vizi della cosa, deve proporsi dal compratore, se si tratta d'immobili, entro un anno dalla consegna. Se si tratta di animali, deve proporsi fra i quaranta giorni, e se d'altri effetti mobili, fra tre mesi dalla consegna, salvo che da usi particolari sieno stabiliti maggiori o minori termini (art. 1505).

In rapporto alla interpretazione dell'articolo 1505 del Codice, dobbiamo ricordare una dotta sentenza del Supremo Collegio di Firenze, nella quale è affermato il principio, che, decorso il termine a dedurre la redibitoria in forma d'azione, non è permesso opporla in via di eccezione. Osservò la Corte: « La perpetuità è il carattere delle eccezioni vere e proprie che non sono anche azioni, per la evidente ragione che siccome nella generalità dei casi non è libera la parte di dedurle se non sia convenuta in giudizio, lo che non dipende dalla sua volontà, *non habet potestatem quando conveniatur*, così non può mai perderle; durano finchè non sorga la occasione di farne esperimento, e sono perciò imprescrittibili e perpetue (L. 5 in fine, D. *de doli mali et metus exceptione*). Ma quando si tratti di eccezioni le quali sono tali perchè sono anche azioni, *exceptio ideo quia actio*, e tale è nel caso la redibitoria, allora la parte che era liberissima di sperimentare l'azione (*in sua potestate habet quando utatur jure suo*), se ha omesso di farlo nel termine legale, è decaduta dal diritto di dedurla anche in forma di eccezione (detta Legge 5); imperciocchè invano la legge avrebbe per motivi di pubblica utilità limitato il tempo all'esercizio di un'azione, se lo scopo di quella potesse essere ottenuto con altro mezzo, anche quando fosse prescritta: se nel caso di redibitoria fosse lecito al compratore profittare della ottenuta fede del prezzo per eludere la prescrizione brevissima, aspettando a opporre il vizio dell'animale in un tempo in cui riuscisse difficile al venditore ritrovare le prove per escluderlo e difendersi. Tale è la dottrina originale del Bartolo, nella ripetizione della Legge 2, D. *de exceptionibus et praescriptionibus*, che essendo coerente ai puri principii del diritto, merita di prevalere nella

giureprudenza, sebbene non manchino scrittori che professino un'opinione contraria. Non solamente il Codice non contraddice alle suddette massime a riguardo alla redibitoria, ma ne fa implicita professione nell'articolo 1302, ove dichiara che la nullità e la rescissione possono essere dedotte in eccezione anche dopo il quinquennio, sebbene allora ne sia prescritta l'azione. Se in questo argomento il legislatore avesse voluto contraddire assolutamente al diritto comune, e mutare la regola, o avrebbe concepita la sua disposizione in termini universali, o l'avrebbe ripetuta a riguardo delle altre eccezioni che sono anche azioni. Invece, avendo parlato delle sole eccezioni di *nullità* e di *rescissione,* diviene manifesto che per le altre congeneri ha voluto mantenere salvo il diritto comune; e a tal conclusione conduce l'aforismo, che il silenzio del legislatore rispetto a casi simili a quelli, intorno ai quali ha disposto, argomenta una volontà contraria, *ubi voluit dixit, ubi noluit tacuit;* e l'altro, che la deroga ai principî universali deve essere limitata ai soli casi espressamente o virtualmente indicati dalla legge (1). » I compilatori degli *Annali della giurisprudenza italiana*, in calce alla sentenza dianzi riferita, citano testualmente le parole di Bartolo: « Quaedam est exceptio ideo quia est actio, ut est exceptio compensationis, et huic exceptioni praescribitur. Ratio quia est in potestate tua quando exerceas. Quaedam est exceptio proprie, et illi non praescribitur. » Queste ultime parole confermano la interpretazione vera della Legge 5 D. *de doli mali et metus exceptione;* la quale, dichiarando che la parte può in qualunque tempo opporre la eccezione del dolo, suppone che non le competesse anche l'azione. Difatto Bartolo pone la eccezione di cui parla quella legge fra le ordinarie, che chiama *proprie exceptiones,* e non tra quelle che sono anche azioni, *exceptio ideo quia actio,* e nelle quali sole riconosce la qualità di temporarie. (2)

Per quanto si attiene alla teoria dei vizi redibitori, l'articolo 70 del vigente Codice di commercio statuisce in tal

(1) Corte di Cassazione di Firenze; sentenza dei 25 maggio 1868; negli *Annali della giurisprudenza italiana,* anno 1868, parte I, pag. 146.

(2) V. pure in proposito una monografia pregevolissima dell'avv. Errico Barone: *Dei limiti all'applicazione della massima,* quae temporalia sunt ad agendum perpetua sunt ad excipiendum; Napoli, 1895.

guisa: « Il compratore di merci o di derrate provenienti da altra piazza deve denunciarne al venditore i vizii apparenti entro due giorni dal ricevimento, ove un maggior tempo non sia necessario per le condizioni particolari della cosa venduta o della persona del compratore. Egli deve denunciare i vizii occulti entro due giorni dacchè sono scoperti, ferme in ogni caso le disposizioni dell'articolo 1505 del Codice civile. Trascorsi i detti termini, il compratore non è più ammesso a far reclami per i vizii della cosa venduta. » Come fu osservato nei lavori preparatori del Codice di commercio, il termine di due giorni dal ricevimento, assegnato per la denuncia dei vizi apparenti, può esser fatto maggiore per le condizioni speciali della cosa venduta (come se, trattandosi, ad esempio, di una macchina divisa in molti pezzi, bisognasse montarla, per potere così farla muovere ed operare, e vedere se corrisponde ai patti convenuti ed all'uso a cui è destinata), o per quelle del compratore (come se egli, per assenza, per malattia, per alcun disastro ecc., non potesse far levare la merce dagli imballaggi per esaminarla). Sulla misura di questo termine discretivo, in caso di contestazione, giudicheranno i tribunali. L'articolo 70 del Codice di commercio richiede soltanto che, in un termine brevissimo, si proceda alla *denuncia*. Deve quindi ritenersi, che il compratore non è obbligato alla intimazione di un atto d'usciere, nè deve seguire la forma solenne di un'offerta reale. Basterà una denuncia verbale, una denuncia per lettera, per telegramma o per mezzo anche di una terza persona; beninteso che, nel caso di contestazione, al compratore incombe l'onere della prova, che il venditore, nel termine prefinito dalla legge, fu veramente avvisato dei vizi rinvenuti nella cosa. La denuncia può farsi ancora con l'atto stesso con cui s'introduce in giudizio l'azione redibitoria. L'interprete, avverte in proposito il Vidari, non deve essere più rigoroso della legge. Ora, questa parlando di denuncia, e nulla specificando, è lecito ritenere che qualunque mezzo basti a soddisfare la volontà della legge, purchè il venditore sia veramente avvertito dei vizi riscontrati nella merce (1).

---

(1) V. Vidari, *Corso di Diritto commerciale*, Vol. III, num. 2207; Milano, 1889.

IV.

Delle obbligazioni del compratore.

La vendita è un contratto bilaterale, anzi può dirsi il contratto bilaterale per eccellenza. Il Codice, in primo luogo, ha parlato delle obbligazioni del venditore, e ha statuito circa gli effetti dell'azione *ex empto,* data al compratore, a guarentigia dei suoi diritti. In secondo luogo, il Codice si occupa delle obbligazioni del compratore, e degli effetti dell'azione *ex vendito*, che il venditore può esercitare contro di lui per costringerlo a soddisfare le dette obbligazioni. L'obbligazione *principale* del compratore è di pagare il prezzo (art. 1507). Ma vi sono pure altre obbligazioni che, per autorità della legge, sono a carico del compratore. Statuisce l'articolo 1455, che al compratore incombono le spese degli atti e le altre accessorie alla vendita. In forza dell'art. 1597, il compratore deve rispettare la locazione della cosa comprata, quando essa sia anteriore alla vendita e consti da atto pubblico o da scrittura privata di data certa. Il Codice, sotto questo capitolo, dispone specialmente, oltre a quella del pagamento del prezzo, circa l'obbligazione a carico del compratore di prendersi la consegna della cosa.

I. Pagamento del prezzo. — Il prezzo costituisce un elemento essenziale del contratto di vendita. « Sine pretii conventione, emptio non potest consistere, estque imaginaria et nulla venditio, quae pretium non habet. Unde etiam actio venditi saepe dicitur actio pretii (1). » Ecco perchè il pagamento del prezzo forma l'obbligazione principale cui è tenuto il compratore (art. 1507). Il pagamento del prezzo è indivisibile. È indivisibile, anche nel caso che il compratore sia morto, ed abbia lasciato più eredi. Uno degli eredi non sarebbe ammesso a domandare la metà della cosa venduta, offrendo la metà del prezzo. Il venditore, osserva in proposito Molineo, non ha voluto vendere una parte della sua cosa; egli l'ha voluto alienare pel tutto (2). Tale è stata la legge

(1) V. Perezio, *Praelectiones in Codicem,* Lib. IV, tit. XXXIX, numero 15; Amstelaedami, 1761.

(2) V. Molineo, *Extricatio labyrinthi dividui et individui,* Pars II, num. 205 e 206; Parisiis, 1681.

del contratto, che non si può cangiare senza il suo consenso, sovrattutto per imporgli gli inconvenienti di una indivisione, sorgente ordinaria di liti e di contestazioni (1).

Quando la cosa determinata, oggetto della vendita, è perita prima della consegna, nelle mani del venditore, costui non può domandarne il prezzo al compratore, se non provando che la perdita si è avverata per caso fortuito, e senza nessuna colpa da parte sua (2). Trattandosi della vendita di un corpo certo, quando la cosa perisce prima della tradizione, fa d'uopo distinguere, per determinare se il compratore è tenuto al pagamento del prezzo, se la cosa è perita per colpa del venditore o per caso fortuito. Nella prima ipotesi il compratore è liberato; nella seconda, al contrario, deve il prezzo, pur non potendo avere il possesso della cosa; difatto i rischi, in tema di vendita, sono a carico del compratore. È questo il principio fondamentale cui si deve far ricorso, giusta il precetto racchiuso nell'articolo 1480 del nostro Codice.

Il venditore che sia in ritardo nel consegnare la cosa, non ha diritto di domandare il prezzo dal compratore. Come dice il Cuiacio: *venditor tradere, emptor dare debet* (3). Sulla quistione, quale fra i due, il venditore o il compratore, deve incominciare ad adempire la sua obbligazione, il Voet risponde che incombe all'attore, chiunque sia, assolvere la sua obbligazione, se vuole che si presti ascolto alla sua domanda. « In quaestione, uter prior contractum implere debeat, emtor an venditor, respondendum videtur, eum qui agit, sive emtor sit sive venditor, prius ex suo latere implere debere ac praestare omnia ad quae praestanda ex illo contractu obstrictus sit, ne alioquin per reum conventum exceptione contractus ex latere actoris necdum adimpleti repellatur (4). » Se il venditore ha adempita la sua obbligazione, od è pronto all'adempimento di essa, il compratore deve pagare il prezzo nel giorno e nel luogo determinati nel contratto di vendita (art. 1507).

---

(1) V. Troplong, *De la vente*, num. 311.

(2) Corte di Cassazione di Francia; arresto dei 25 aprile 1895; V. Dalloz, *Recueil périodique*, anno 1895, parte I, pag. 212.

(3) V. Cuiacio, *Controversiarum*, Ad L. 11, D. *de actionibus empti et venditi* (Vol. X, col. 760 dell'ediz. napoletana del 1758).

(4) V. Voet, *Comm. ad Pandectas*, Lib. XIX, tit. I, num. 23; Hagae-Comitum, 1731.

Quando nel contratto non si è stabilito nulla in proposito, il compratore deve pagare nel luogo e nel tempo in cui deve farsi la tradizione (art. 1508). In tema di vendita si trova una derogazione al principio generale stabilito nell'art. 1249; il quale, nel silenzio del contratto, statuisce che il pagamento, che ha per oggetto una somma di danaro, si deve fare al domicilio del debitore. Il legislatore ha considerato, che vi è una stretta colleganza tra l'obbligazione del venditore e quella del compratore; il primo non deve consegnar la cosa che quando il compratore offre il prezzo della medesima. Se dunque il prezzo non si è ancora pagato, il venditore ha il diritto di esigere che il pagamento si avveri nello stesso momento della consegna. « Voilà pourquoi l'acheteur ne peut pas exiger que le vendeur vienne toucher le prix chez lui (1). » L'obbligo di pagare il prezzo nel luogo della tradizione, salvo patto in contrario, riguarda tanto le vendite a trattativa privata quanto quelle fatte in via di esecuzione forzata sull'istanza dei creditori. Quindi il deliberatario è tenuto a pagare le note di collocazione nel luogo del seguìto incanto, senza poter pretendere che le note stesse gli vengano presentate al suo domicilio reale (2).

In mancanza di convenzione speciale, il compratore è tenuto agli interessi sino al giorno del pagamento del prezzo, ancorchè non sia in mora, se la cosa venduta e consegnata produce frutti od altri proventi (art. 1509). Due condizioni richiede l'articolo dianzi riferito, perchè il compratore sia tenuto a pagare gli interessi del prezzo: 1.° che la cosa sia stata consegnata; 2.° che la cosa produca frutti od altri proventi. Poco importa, che il compratore non abbia raccolti questi frutti e questi proventi: *hoc solum spectare debemus,* diremo col giureconsulto romano, *an habeat facultatem fructus percipiendi* (L. 13, § 21, D. *de actionibus empti et venditi*). Ancora: se la cosa produce per sua natura frutti od altri proventi, ma accidentalmente sia colpita di sterilità, il compratore sarebbe sempre tenuto al pagamento degli interessi. Gli interpreti del Diritto romano, tra cui giova citare il Fachineo ed il Perezio, sostenevano che il compratore, in tal

(1) V. Laurent, *Principes de droit civil,* Vol. XXIV, num. 318.

(2) Corte di Cassazione di Torino; sentenza dei 13 agosto 1891; nella *Legge,* anno XXXI, Vol. II, pag. 622.

caso, poteva liberarsi dal pagamento degli interessi *pro rata*. Questa dottrina, come ben dice il Troplong, non si può sostenere sotto l'impero del Diritto moderno; il quale stabilisce una specie di *forfait* tra il venditore ed il compratore, e non consente di ricercare minuziosamente se gli interessi del prezzo rappresentino soldo per soldo il valore dei frutti. Forse i frutti non sono stati raccolti per negligenza del compratore, per mancanza di cura nella cultura; la liquidazione dei frutti darebbe luogo quasi sempre a discussioni interminabili e rovinose. La regola della compensazione è preferibile a un rigore matematico quasi impossibile (1). È chiaro, ed il Codice lo dice espressamente, che le convenzioni delle parti possono derogare alla regola stabilita dalla legge.

Nelle fonti si trova un frammento di Papiniano, così concepito: « Ante pretium solutum, dominii quaestione mota, pretium emptor solvere non cogetur, nisi fideiussores idonei a venditore ejus evictionis offerantur. » (L. 18, § 1, D. *de periculo et commodo rei venditae*). Sotto l'impero del Diritto intermedio, insegnava Marino Freccia: « Emptor non tenetur precium solvere si adversus rem venditam mota est controversia (2). » Il Diritto moderno parla espressamente anche del timore ragionevole della evizione. Statuisce il Codice, che il compratore, se è o ha ragione di temere di essere molestato con un'azione ipotecaria o rivendicatoria, può sospendere il pagamento del prezzo fino a che il venditore abbia fatto cessare le molestie, semprechè questi non prescelga di dare cauzione, o non siasi convenuto che il compratore pagherà non ostante qualunque molestia (art. 1510). Ma se, nei casi preveduti dalla legge, il compratore può sospendere il pagamento del prezzo, egli ne deve sempre gli interessi. Il compratore continua a stare nel godimento della cosa; egli profitta della vendita; sarebbe dunque ingiusto privare il venditore degli interessi cui ha diritto (3).

Se il compratore può sospendere il pagamento del prezzo, quando è od ha ragione di temere di essere molestato con un'azione ipotecaria o rivendicatoria, egli non potrebbe, nei

(1) V. Troplong, *De la vente*, num. 594.

(2) V. Freccia, *Tractatus de praesentatione instrumentorum ad ritum Magnae Curiae Vicariae*, Pars IX, Quaestio X; Venetiis, 1590.

(3) V. Aubry e Rau su Zachariae, Vol. I, § 356.

detti casi, domandare la restituzione del prezzo già pagato. Il diritto di domandare la restituzione del prezzo compete al compratore sol quando l'evizione siasi già avverata. Il compratore *che ha sofferta l'evizione,* può domandare la restituzione del prezzo: così è statuito nell'articolo 1486. Fino a che non sia consumata l'evizione, non è provato che il prezzo siasi pagato indebitamente, condizione necessaria perchè sia ammissibile la ripetizione (1). Tra un diritto di ritenzione e un diritto di ripetizione, vi è tutta la distanza che esiste tra lo *statu quo* e la distruzione (2). Questa dottrina è confortata ancora da un frammento di Ermogeniano: « Mota quaestione, interim non ad pretium restituendum, sed ad rem defendendam venditor conveniri potest. » (L. 74, § 2, D. *de evictionibus*). Finchè non si consumi l'evizione, il compratore, che ha pagato il prezzo, non ha altro diritto che quello di costringere il venditore a prendere la sua difesa.

Nella vendita d'immobili la condizione risolutiva, espressa o tacita, che si verifica per l'inadempimento degli obblighi del compratore, non pregiudica ai terzi che hanno acquistati diritti sopra gli immobili anteriormente alla trascrizione della domanda di risoluzione (art. 1511). Osservò in proposito il Pisanelli, nella *Relazione ministeriale*: i terzi che acquistano un diritto sull'immobile non possono ragionevolmente prevedere il fatto che dà luogo alla risoluzione dell'atto. Sarebbe d'altronde ingiusto che dovessero sopportare le conseguenze di una colpa non propria; il loro diritto deve rimanere saldo, qualunque sia per essere la sorte dell'atto trascritto.

II. Ricevimento della consegna. — Un altro dovere del compratore è quello di presentarsi per riceversi la consegna della cosa che forma oggetto della vendita. Abbiamo un frammento di Pomponio, così concepito: « Si is qui lapides ex fundo emerit, tollere eos nolit, ex vendito agi cum eo potest, ut eos tollat. » (L. 9, D. *de actionibus empti et venditi*). In quale termine il compratore deve presentarsi per riceversi la consegna della cosa? Se nella convenzione è stabilito questo termine, è chiaro che deve prestarsi osservanza alla medesima. Nel silenzio della convenzione, e quando non possa

(1) V. Baudry-Lacantinerie, *Précis de droit civil,* Vol. III, numero 570; Paris, 1892.

(2) V. Troplong, *De la vente,* num. 614

ricavarsi dalla consuetudine locale, il termine sarà stabilito dall'autorità giudiziaria (art. 1173). Come abbiamo osservato, la determinazione del giudice non è necessaria sempre che al silenzio del contratto soccorra la consuetudine. È principio fondamentale della interpretazione dei contratti, che nei medesimi si debbono avere per apposte le clausole che sono d'uso, ancorchè non vi sieno espresse (art. 1135). Se l'uso porti che certe merci non si prendano dal compratore che a un dato termine, devesi questo intendere tacitamente convenuto per la consegna delle medesime. Ad esempio, è uso che gli osti di Roma si presentino nei vicini castelli a ricevere la consegna del vino comprato, mano a mano che ne hanno bisogno, nei termini necessari per lo smercio delle singole quantità successivamente prese. Così pure, in alcuni luoghi si usa di prendere verso il S. Martino la consegna del vino comprato al tempo della vendemmia (1).

Quando trattasi della vendita di immobili, senza alcun dubbio compete al venditore l'azione *ex vendito* per costringere il compratore a riceversi la consegna di essi. Ma, quando trattasi della vendita di cose mobili, il Diritto moderno va più innanzi; contro il compratore che non assolve siffatta obbligazione, pronunzia lo scioglimento della vendita *ipso jure*, a profitto del venditore. E pareggia a questo il caso del compratore, pronto sì a riceversi la consegna, ma riluttante ad offrire contemporaneamente il prezzo della cosa, quando il venditore non gli ha concessa una maggior dilazione pel pagamento di questo prezzo. Statuisce il Codice, che, trattandosi di cose mobili, lo scioglimento della vendita ha luogo di diritto nell'interesse del venditore, ove il compratore, prima che sia scaduto il termine stabilito per la consegna della cosa, non siasi presentato per riceverla, od anche presentatosi per riceverla, non ne abbia contemporaneamente offerto il prezzo, salvo che pel pagamento di questo fosse stata convenuta una maggior dilazione (art. 1512). Il Codice, con questo ordinamento, ha derogato ai principî generali in tema di condizione risolutiva; nella ipotesi preveduta nell'articolo dianzi riferito, anche quando non è pattuita la condizione risolutiva espressa, al venditore è consentito di ritenere, di

(1) V. Pacifici-Mazzoni, *Trattato della vendita*, Vol. II, num. 50; Firenze. 1882.

pieno diritto, sciolto il contratto, senza bisogno di alcuna interpellazione. Questo favore concesso al venditore non è dalla legge concesso egualmente al compratore. In rapporto a costui, si debbono applicare le norme generali da cui è governata la condizione risolutiva tacita; e quindi, egli, non pattuita espressamente la risoluzione del contratto, non potrebbe ottenerla mai se non in via giudiziale (1).

Se la vendita fu fatta senza dilazione al pagamento, il venditore può eziandio in mancanza di pagamento rivendicare le cose mobili vendute, sinchè queste si trovino in possesso del compratore, od impedirne la rivendita, purchè la domanda per rivendicarle venga proposta entro i quindici giorni dal rilascio, e le cose si trovino in quello stato medesimo in cui erano al tempo della consegna. Il diritto di rivendicazione non ha però effetto in pregiudizio del privilegio accordato al locatore, quando non sia provato che al tempo dell'introduzione de'mobili che forniscono la casa od il fondo locato, egli fosse informato che ne era ancora dovuto il prezzo. Non sono derogate le leggi e consuetudini commerciali concernenti la rivendicazione (art. 1513). Le disposizioni racchiuse in questo articolo del Codice italiano sono mutuate in gran parte dall'articolo 2102 del Codice francese, sotto il titolo *Dei privilegi e delle ipoteche*. Dobbiamo fare tre brevi osservazioni sull'articolo dianzi riferito. 1.° Nella generalità della espressione, *cose mobili*, vanno compresi tanto i mobili corporali, che i mobili incorporali (2). 2.° A causa della rapida circolazione delle cose mobili, il venditore deve proporre la domanda di rivendicazione entro i quindici giorni dal rilascio. 3.° Le cose debbono trovarsi in quello stato medesimo in cui erano al tempo della consegna; se dalle olive vendute il compratore ha estratto l'olio, questo non è più la cosa venduta, e al venditore non compete l'azione di rivendicazione.

Qui dobbiamo richiamare due articoli del vigente Codice di commercio, che stabiliscono un sistema speciale, il cui ordinamento era richiesto dall'indole propria dei rapporti commerciali. Statuisce l'articolo 67: « Nella vendita commerciale

(1) V. Vidari, *Corso di Diritto commerciale*, Vol. III, num. 2416; Milano, 1889.

(2) Corte di Cassazione di Francia; arresto dei 28 novembre 1827; V. Dalloz, *Recueil périodique*, anno 1828, parte I, pag. 36.

di cosa mobile la condizione risolutiva ha luogo di diritto a favore della parte, che prima della scadenza del termine stabilito per l'adempimento del contratto abbia offerto all'altra parte, nei modi usati in commercio, la consegna della cosa venduta o il pagamento del prezzo, se questa non adempie la sua obbligazione. In mancanza di tale offerta e di speciali stipulazioni, lo scioglimento del contratto è regolato secondo le disposizioni del codice civile intorno alla condizione risolutiva tacita. In ambidue i casi l'inadempiente è tenuto al risarcimento del danno. » E l'articolo 68: « Se il compratore di cosa mobile non adempie la sua obbligazione, il venditore ha facoltà di depositare la cosa venduta in un luogo di pubblico deposito, o, in mancanza, presso una accreditata casa di commercio per conto e a spese del compratore, ovvero di farla vendere. La vendita è fatta al pubblico incanto, o anche al prezzo corrente se la cosa ha un prezzo di borsa o di mercato, col mezzo di un pubblico ufficiale autorizzato a tale specie di atti, salvo al venditore il diritto al pagamento della differenza tra il prezzo ricavato e il prezzo convenuto, e al risarcimento dei danni. Se l'inadempimento ha luogo da parte del venditore, il compratore ha diritto di far comprare la cosa, col mezzo di un pubblico ufficiale autorizzato a tale specie di atti, per conto e a spese del venditore e di essere risarcito dei danni. Il contraente che usa delle facoltà suddette deve in ogni caso darne pronta notizia all'altro contraente. »

Nei lavori preparatorî del Codice di commercio si trova assegnata la ragione delle disposizioni dianzi richiamate. L'articolo 97 del Codice di commercio del 1865 aveva dato luogo ad innumerevoli controversie, principalmente sul punto se fosse necessaria un'offerta effettiva e *reale*, fatta con l'intervento di un pubblico uffiziale, oppure se bastasse una semplice offerta *verbale* (reputata generalmente sufficiente in commercio, purchè seria), e se, per la prova dell'offerta, si potesse ammettere la testimonianza. Il Codice di commercio del 1882 troncava in proposito ogni controversia, dichiarando appunto che qualunque offerta è capace di attribuire alla parte diligente il diritto alla risoluzione del contratto ed al risarcimento dei danni, semprechè fatta nei modi usati in commercio, e quindi anche verbalmente.

Le disposizioni contenute nell'articolo 68 furono consigliate dalla convenienza di mettere al sicuro i diritti della

parte che vuole dare esecuzione al contratto, in confronto dell'altra che non vuole o non può. Però, siccome anche gli interessi della parte inadempiente non devono essere lasciati in piena balìa dell'altra, così la legge stabilisce all'uopo speciali e reciproche garantìe. Di tal modo: o la parte diligente vorrà liberarsi dalla propria obbligazione in confronto della parte inadempiente, e si varrà dei mezzi consentiti dalla legge nell'articolo 67; o vorrà, invece, che sia data effettiva esecuzione al contratto, e si varrà dei mezzi proposti nell'articolo 68. I quali sono tre: il deposito, la vendita e la compera. I primi due si applicano al compratore, se parte inadempiente sia egli; il terzo, al venditore, se l'inadempimento dipenda da lui.

Inadempiente il compratore, il venditore può depositare o vendere. Se deposita, a spese, per conto, ed a rischio e pericolo quindi del compratore, deve scegliere un luogo di deposito pubblico (dogana, magazzini generali, magazzini di deposito ecc.). Soltanto se non vi abbia alcun deposito pubblico nel luogo in cui giace la merce venduta, il venditore, quando voglia ciò non ostante depositare, deve scegliere una accreditata casa di commercio. Quando egli depositi altrove o presso una casa non accreditata (cioè per tale non ritenuta dalla pubblica opinione), il deposito è a tutto suo rischio e pericolo. Se vende (la qual cosa il venditore può fare, sebbene la merce sia già stata depositata), o la merce non ha un prezzo di borsa o di mercato, e dev' essere venduta (per conto, s'intende del compratore) al pubblico incanto; od ha un prezzo di borsa o di mercato, e il venditore può anche farla vendere al prezzo corrente, per mezzo, in ambidue i casi, di un uffiziale autorizzato a tale specie di atti (cioè, per mezzo di mediatore, come è detto nell' art. 31, num. 1 del Regolamento 27 dicembre 1882). Se il prezzo ricavato, per un improvviso rialzo, supera quello convenuto, il venditore, trattenutone tanto, quanto basta a soddisfarlo e di tal prezzo e di tutte le spese di deposito e di vendita, restituisce il residuo al compratore, quando egli non abbia anche diritto al risarcimento dei danni; nel qual caso tratterrà pure quel residuo, a conto di quanto gli può essere dovuto per siffatto titolo. Se il prezzo ricavato dalla vendita non basta a tutto ciò, il venditore conserva il proprio diritto e per il maggior prezzo dovutogli e per il risarcimento dei danni.

Inadempiente il venditore, il compratore ha diritto di far comperare (per mezzo ancora di uffiziale autorizzato a tale specie di atti, come sopra), la cosa dedotta in contratto, per conto ed a spese del venditore, qualunque sia il prezzo che di tal modo verrà pagato, e di farsi anche prestare il pieno risarcimento. In ogni caso, la vendita o la compera dev'essere fatta eseguire, dal venditore o dal compratore, appena scaduto infruttuosamente il termine contrattuale o d'uso per ricevere o consegnare; imperocchè, se l'uno o l'altro indugiasse, e la merce intanto diminuisse od aumentasse di valore, la differenza sarebbe a tutto carico del venditore o del compratore, secondo i casi.

Che, poi, il contraente, il quale intende valersi di codeste facoltà, debba darne pronto avviso (cioè, il più presto possibile) all'altro contraente, è di tutta evidenza; quando si pensi che, di tal modo, sarà molto più facile che la parte negligente si risolva ad adempiere il contratto, mentre essa potrebbe anche sperare nella pazienza o nella indulgenza dell'altra parte (1).

V.

Della risoluzione e della rescissione della vendita.

Indipendentemente dalle cause di nullità e di risoluzione già espresse precedentemente, e da quelle comuni a tutte le convenzioni, il contratto di vendita può essere risolto coll'esercizio del diritto di riscatto, e può essere rescisso per lesione (art. 1514). Noi, conformandoci all'ordine seguìto dal legislatore, parleremo distintamente del riscatto convenzionale e della rescissione della vendita per causa di lesione. Qui giova osservare, che il Codice italiano ha evitata la inesattezza del Codice francese. Giusta l'articolo 1658 di questo Codice: « le contrat de vente peut être résolu par l'exercice

---

(1) V. Vidari, *Il nuovo Codice di commercio compendiosamente illustrato coi motivi di esso,* sugli art. 67 e 68; Milano 1884. Le illustrazioni degli art. 67 e 68 sono ricavate dalla *Relazione ministeriale* del Mancini, e dai *Processi verbali* della Commissione Coordinatrice, nominata con Decreto dei 2 aprile 1882.

de la faculté de rachat et par la vilité du prix. » La *lesione* è collocata dal Codice francese tra le cause di *risoluzione*. Ora, questa teoria non si può accettare. Osserva benissimo il Troplong, che la risoluzione e la rescissione per causa di lesione son diverse *dans leur origine, dans leur cause, et dans leurs moyens, par des différences radicales, que le législateur ne devait pas méconnaitre* (1). I compilatori del Codice italiano han fatto tesoro della censura rivolta al Codice francese; il nostro Codice distingue la *risoluzione*, che si avvera per l'esercizio del patto di riscatto, dalla *rescissione*, che si avvera per causa di lesione.

A.

Del riscatto convenzionale.

I. Genesi storica e fondamento razionale del diritto di riscatto. — Il diritto di riscatto (chiamato in Francia *faculté de rachat ou de réméré*), ha la sua genesi storica nel Diritto romano (LL. 2 e 7, Cod. *de pactis inter emptorem et venditorem compositis*; L. 1, Cod. *quando decreto opus non sit*; L. 7, § 1, D. *de distractione pignorum et hypothecarum*; L. 13, D. *de pignoratitia actione vel contra*). Esso fu usitatissimo sotto l'impero del Diritto intermedio; nelle età passate la stipulazione del patto di riscatto provvedeva al bisogno di assicurare al creditore la restituzione del capitale prestato, cui non provvedeva sufficientemente il sistema ipotecario, che era imperfetto. « Emptio cum pacto redimendi ad certum tempus est contractus receptissimus. Et sustinetur, tam de jure civili, quam de jure canonico, immo etiam de jure divino (2). » La diffidenza nelle relazioni sociali e lo svolgimento poco progredito della civiltà faceano cercare di preferenza le guarentige materiali. Mediante le vendite colla riserva di riscatto faceansi quasi tutti i prestiti (3).

(1) V. Troplong, *De la vente,* num. 689.

(2) Ruota Romana; decisione dei 26 gennaio 1622; V. *Sacrae Rotae Romanae Decisionum recentiorum*, Pars IV, Vol. II, num. 344; Venetiis, 1716.

(3) V. Troplong, *De la vente,* num. 692.

Quando si discussero i punti culminanti del Codice civile italiano, la Commissione Senatoria, *dopo un' accurata e ponderata disquisizione* (parole del relatore), venne a concludere in maggioranza alla abolizione di tal patto. Il riscatto convenzionale nella vendita, considerò la suddetta Commissione, rappresenta indubbiamente l' infanzia del credito tra privati, e se lo si guardi nelle sue evoluzioni storiche, il riscatto convenzionale nella vendita non ci apparirà altrimenti, che come una garantìa materiale del prestito ipotecario appropriata ad altri tempi e ad altri costumi ancor lontani dallo svolgimento del regime ipotecario. Così essendo il patto di riscatto non segna che un anacronismo. S'egli è vero che la libertà dei dominî e l' assenza dei vincoli che la libertà diminuiscono, costituisce l' obbiettivo del migliore ordinamento della proprietà, e del libero movimento di essa, comprenderà ognun di leggieri essere la vendita col patto di ricompra un grande ostacolo ai progressi dell' agricoltura non che agli interessi del credito. Un'antica e costante esperienza pose in sodo che la vendita col patto di riscatto non è in fondo che un mutuo pegnoratizio larvato, inventato nel fine di celare l'usura. Accade pertanto che da simiglianti contratti rampollino d' ordinario litigi e contestazioni infinite; se talvolta la fraude intrinseca si manifesta per segni evidentissimi, come interviene nel concorso del duplice elemento della viltà del prezzo e della rilocazione al venditore durante il termine del riscatto, non è men vero che in altri casi l'industria e la malizia trovano modo ad isfuggire le indagini sulla vera indole del contratto. Perchè dunque il legislatore sarebbe tenuto a rispettare un contratto proteiforme che può rendersi facile istrumento di inganni e di frodi? Nè qui si obbietti che sotto gli auspicii del novello regime, che toglie di mezzo ogni limite alla stipulazione dell'interesse convenzionale, cesserebbero di per sè la tentazione ed il pericolo del mutuo feneratizio sotto specie di retratto convenzionale; al che si risponderà, che se la legge permette d'ora innanzi la stipulazione indefinita degli interessi convenzionali, non intralascia d'altra parte i correttivi e le cautele, e vuole avvedutamente che gli interessi convenuti abbiano a risultare da una dichiarazione scritta; l' è un appello alla pubblica opinione, efficacissimo a contenere nei limiti del giusto e dell' onesto la cupidità degli usurieri. Ora il consentire il patto di ricompra nella

vendita equivarrebbe al dischiudere una via indiretta a far frode alla legge, sperdendo il salutare freno della convenzione scritta degli interessi. Infine, se la vendita con patto di ricompra offriva un facile modo al proprietario premuto da vivi bisogni di soddisfarvi, offrendo pronte garantìe al mutuante, ma senza punto abdicare la proprietà della cosa che pur talvolta ci è cara quanto una parte della personalità nostra; tutto questo non potrebbe trovare applicabilità nelle mutate condizioni economiche della società moderna, quando cioè gli istituti di credito, moltiplicandosi con azione continua e feconda, aprono nuove sorgenti, ed avvicinano ogni dì il capitale alla terra.

Nella redazione definitiva del Codice non fu accolta la sentenza della Commissione Senatoria. Il Codice italiano ammette il riscatto convenzionale, allo stesso modo del Codice francese e delle legislazioni che preesistevano nelle diverse regioni in cui la penisola era spartita. Il Vacca, nella Relazione che precede il Codice, notava a tal riguardo: « Il progetto senatorio colpiva di formale divieto il patto di riscatto aggiunto alla vendita. Era paruto codesto tal patto da vincolare non pure il movimento libero della proprietà, ma eziandio da fornire appiglio al simulato concetto del mutuo pegnoratizio. Gravi dubbi non pertanto lasciava sorgere codesto assoluto ed insolito divieto: ond'è che io mi deliberavo di farne obbietto di speciale quesito alla Commissione (Coordinatrice), la quale, ben ponderata la questione sotto ogni aspetto, veniva osservando non esser lecito, nè consentaneo ai principii che informano il Codice, imporre vincoli ai liberi patti che non offendano in alcun modo il costume e l'ordine pubblico; chè altrimenti adoprando verrebbesi ad esagerare il principio della protezione legislativa, che è la negazione del principio di libertà. Avvertivasi inoltre, che se il divieto del patto di riscatto potrebbe raccomandarsi a solo intento di antivenire le contrattazioni larvate sotto sembianze di vendita, celando nella sostanza un mutuo pegnoratizio, ogni ragione di fraude verrebbe meno sotto gli auspicii del Codice novello, che nettamente proclama la libertà degli interessi nel mutuo. Non lasciavasi d'altra parte di ricordare come in taluni casi e non rari, sia costume del venditore provvedere col patto di riscatto ad un legittimo sentimento di affezione alla cosa che le presenti strettezze lo costringano per avven-

tura ad alienare, potendola all' ombra di quel patto riacquistare per migliorate condizioni; e questo sentimento per fermo è pur degno di rispetto. » Il ministro, ritenendo *assennate* e *gravi* queste considerazioni, riprodusse le disposizioni in tema di riscatto convenzionale.

Teofilo Huc osservava, che il mantenimento nel Codice italiano del patto di riscatto, si può spiegare soltanto come un omaggio alla libertà delle convenzioni; altrimenti è difficile concepire ai nostri tempi l'utilità di questa convenzione sempre sospetta, « tout au plus tolérable tant que la notion du crédit est demeurée nébuleuse, et qui constitue aujourd'hui un véritable anachronisme (1). » Noi non possiamo assentire a questo giudizio. Il fondamento razionale su cui riposa il riscatto convenzionale è determinato benissimo nella *Relazione* del Vacca, da noi dianzi riferita. Il Tiraquello, nella sua classica opera, dove svolge di proposito la teoria di questo patto, dice nel Proemio: « Nostra interest habere res quae fuerunt maiorum. » Riferisce i versi di Tibullo (Lib. II, Eleg. IV): *Quin etiam sedes jubeat si vendere avitas, Ite sub imperium, sub titulumque lares.* E soggiunge: « Quasi diceret, nihil esse, quod non faceret amicae gratia, vel si ea jubeat, ut vendat lares domumque avorum; tanquam id rerum omnium sit gravissimum (2). » La vendita col patto di riscatto è un mezzo di procurarsi del danaro, senza perdere la speranza di riavere la proprietà della cosa venduta; è una vendita fatta sotto condizione risolutiva potestativa da parte del venditore (3). La Commissione Senatoria, per giustificare la proscrizione del patto di riscatto, accennava alle mutate condizioni economiche dei nostri tempi, ed alle nuove sorgenti aperte dagli istituti di credito. Ma chi non sa le difficoltà, spesso necessarie, che si debbono superare, perchè un proprietario si possa giovare dei benefizi del credito fondiario? E quando la urgenza del bisogno costringe questo proprietario a vendere subito il fondo ereditato dai suoi maggiori, *sedes*

---

(1) V. Huc, *Le Code civil italien et le Code Napoléon*, Parte III, § 9, IV; Paris, 1868.

(2) V. Tiraquello, *De utroque retractu, municipali et conventionali*, Praefatio, num. 47; Venetiis, 1562.

(3) V. Mourlon, *Répétitions écrites*, sull' art. 1659 del Codice francese.

avitas, perchè negargli di stipulare il patto, in forza del quale un giorno lo potrà riprendere, pagando al compratore tutto quello che gli è costato l'acquisto?

II. Nozioni generali dell'istituto. — Il riscatto convenzionale è un patto, per cui il venditore si riserva di riprendere la cosa venduta, mediante la restituzione del prezzo capitale ed il rimborso delle spese e di qualunque altro legittimo pagamento fatto per la vendita, per le riparazioni necessarie, e per quelle altresì che hanno aumentato il valore del fondo, sino all'importare dell'aumento (art. 1515 e 1528). Da questa definizione si trae, che il riscatto convenzionale non è una novella vendita, ma una risoluzione della vendita che si è fatta. *Est distractus potius quam novus contractus.* Quindi la espressione, *patto di riscatto*, non può ritenersi esatta; imperciocchè essa suppone che l'esercizio della facoltà riservata al venditore dia luogo ad una nuova vendita, nella quale il venditore figuri a sua volta da compratore; mentre, invece, questa facoltà non forma che una condizione risolutiva, il cui avverarsi ripone le parti nella condizione medesima in cui trovavansi prima della vendita (1).

Da questo principio, su cui non può cadere controversia, la giureprudenza italiana ha tratta una conseguenza importantissima, vale a dire, che per l'esercizio del riscatto non si richiede un atto scritto. Notava in proposito la Cassazione di Torino: « La scuola antica aveva detto, che il patto in ispecie *est distractus, non est nova conventio;* e in Diritto romano era già stato detto, che quel patto dovea riguardarsi *ut sit res inempta* (L. 7, Cod. *de pactis inter emptorem et venditorem*); che allora non interveniva un prezzo nuovo, e invece *pretium restituetur, teque parato satisfacere conditioni* (L. 2, Cod. *eodem titulo*); che finalmente la cosa tornava al venditore per la condizione del prezzo pagato, non per nuova alienazione, *si solverit debitor pecuniam pretii emptori, liceret ei rem suam recipere* (L. 13, D. *de pignoratitia actione*). Donde deriva una conseguenza pratica di molta importanza; poichè il riscatto non è una rivendita, non si richiede la scrittura come condizione di essenza, *solemnitatis causa,* nell'esercizio del medesimo. L'articolo 1314 del Codice non può ricevere applicazione quando il venditore vuole esercitare il riscatto

(1) V. Troplong, *De la vente*, num. 693.

convenzionale (1). » E la Cassazione di Roma: « L'esercizio del patto di riscatto non costituisce un nuovo trasferimento della proprietà, ma semplicemente l'avveramento di quella risoluzione del primitivo contratto di vendita, a cui esso era subordinato per virtù di quel patto. Ciò, oltre ad essere di principio elementare, è anche espressamente dichiarato nell'articolo 1514 del Codice civile. Dunque all'esercizio del patto di riscatto non può reputarsi applicabile la speciale disposizione dell'articolo 1314 (2). »

Perchè il riscatto convenzionale sia considerato, non come una vendita novella, ma come una risoluzione della vendita cui il patto si è apposto, si richiede che siasi stipulato nel contratto medesimo della vendita, che ne abbia costituito una delle clausole: « Hujusmodi pactum esse partem contractus (3). » Se fosse apposto, *ex intervallo,* ad una vendita pura e semplice in origine, non sarebbe che una vendita novella od una promessa di rivendita (4).

Il patto di riscatto può essere stipulato tanto nelle vendite immobiliari, che nelle vendite mobiliari. Ben è vero, che nell'articolo 1528 si accenna al venditore che rientra in possesso del *fondo,* ciò che suppone una vendita immobiliare. Questa voce, *fondo,* è adoperata pure in altri articoli del Codice, sotto questo paragrafo. Ma vuolsi notare, che nell'articolo 1515, il quale contiene la definizione del riscatto convenzionale, il Codice parla di *cosa venduta,* e non stabilisce alcun discernimento tra cosa immobile e cosa mobile. Se nel Codice italiano, allo stesso modo che nel Codice francese, in parecchi articoli è supposto, che il patto di riscatto siasi stipulato in una vendita immobiliare, *c'est que tel est le cas ordinaire,* osserva benissimo il Laurent. In tema di vendite mobiliari, il patto di riscatto non presenta la utilità che presenta nelle vendite immobiliari, imperciocchè nelle prime il

---

(1) Corte di Cassazione di Torino; sentenza dei 15 novembre 1882; nella *Legge,* anno XXIII, Vol. I, pag. 118.

(2) Corte di Cassazione di Roma; sentenza dei 5 giugno 1883; nella *Legge,* anno XXIII, Vol. II, pag. 146.

(3) V. Tiraquello, *De utroque retractu,* Pars II, § 1, gl. 2, num. 1; Venetiis, 1562.

(4) V. Pothier, *Traité du contrat de vente,* num. 413 e 432.

venditore, esercitando il suo diritto, non potrebbe ripetere la cosa contro i terzi possessori di buona fede (1).

III. TEMPO IN CUI IL RISCATTO PUÒ STIPULARSI. — Il diritto di riscatto non può stipularsi per un tempo maggiore di cinque anni. Quando fosse stipulato per un tempo maggiore, si riduce al termine anzidetto (art. 1516). L'antica giurisprudenza, avuto riguardo agli indizi di usura inerenti alle vendite con riserva di riscatto, stimò opportuno, nel silenzio del contratto, di venire in soccorso del venditore, cioè della vittima, prolungando sino ad un trentennio il tempo in cui potevasi esercitare il diritto del riscatto convenzionale. « Jus retrovendendi nullo tempore definitum XXX annis finitum videtur (2). » Il Codice francese ed il Codice italiano, per considerazioni di economia sociale, nell'interesse pubblico, hanno stabilito che il diritto di riscatto non può stipularsi per un tempo maggiore di cinque anni. Il tempo utile per l'esercizio di questo diritto è dalla legge fissato o ridotto a questo termine, quando il contratto non lo ha punto regolato, ovvero ha indicato un termine maggiore. Se il diritto di riscatto è stato fissato per un tempo minore di cinque anni, le parti possono prolungarlo, ma non possono oltrepassare il termine di cinque anni a contare dal giorno della vendita. In ogni caso, il prolungamento del termine non può arrecare pregiudizio ai diritti dei terzi, i quali non verranno esposti ad alcun ricorso quando il riscatto sia esercitato dopo lo spirare del termine convenuto al momento della vendita (3).

Il termine fissato è perentorio, e non può essere prorogato (art. 1517). Qui il Codice accenna alla prorogazione da parte del giudice; abbiamo precedentemente osservato, che deve consentirsi alle parti di prolungare il termine, sempre nell'orbita del quinquennio, quando, al momento del contratto, si è pattuito un termine minore. Ciò che è permesso alle parti, di comune accordo, non può essere consentito all'autorità giudiziaria, chiamata a prestare ossequio ai dettami

(1) V. Laurent, *Principes de droit civil,* Vol. XXIV, num. 383.

(2) V. Ubero, *Pandectarum,* Lib. XVIII, tit. V, num. 10; Lipsiae, 1725. — V. pure De Ansaldis, *De commercio et mercatura,* Disc. LVII, num. 30; Coloniae Allobrogum, 1751.

(3) V. Aubry e Rau su Zachariae, Vol. I, § 357.

della legge, che impongono la osservanza dei patti liberamente stipulati.

Non promuovendo il venditore l'azione di riscatto nel termine convenuto, il compratore rimane proprietario irrevocabile (art. 1518). Il Codice italiano, con questa disposizione, cui risponde quella racchiusa nell'articolo 1662 del Codice francese, si è proposto di ripudiare il sistema dell'antica giurisprudenza; la quale richiedeva, che il compratore, per diventare proprietario irrevocabile, avesse ottenuto una sentenza, da cui si fosse pronunziata la decadenza del venditore. Il Diritto moderno statuisce, invece, che il venditore decade, per ministero di legge, dall'esercizio del riscatto, quando non ha promossa l'azione nel termine convenuto. La scadenza del termine, senza esercizio del riscatto, rende il compratore proprietario irrevocabile. E qui giova richiamare una massima ineluttabile, cui rendeva omaggio il Supremo Collegio di Napoli, ed è questa: per l'esercizio del riscatto convenzionale, non è tenuto il venditore a fare nel termine stabilito l'offerta reale ed effettiva del capitale e dei rimborsi, ed a promuovere nello stesso termine azione giudiziale; bastando che dichiari al creditore, mercè apposita notificazione, di voler far uso del patto di riscatto, e di essere pronto a pagare quanto deve. « Il venditore così operando nel termine stabilito nel contratto, ha purgata la condizione risolutoria messa nello stesso, avendo manifestata la doppia intenzione, di volere cioè profittare del patto di ricompra, e soddisfare gli obblighi, ai quali l'esercizio del patto medesimo trovavasi subordinato; ed ha perciò così acquistato di pieno diritto la risoluzione del contratto. Ed ove poi una contestazione giudiziaria qualunque seguisse oltre il detto termine, il magistrato verrebbe a dichiarare un diritto puramente e semplicemente, non a crearlo (1). » La Cassazione di Roma procedeva oltre, decidendo che per l'esercizio della facoltà del riscatto e per l'utile interruzione del termine a ciò convenuto, è sufficiente la dichiarazione verbale del venditore di voler operare il riscatto, quand'anche si tratti di beni immobili. Quando il venditore manifesta la sua volontà di riprendere la cosa, trattasi dello « avveramento di una condizione riso-

(1) Corte di Cassazione di Napoli; sentenza dei 22 giugno 1883; nella *Legge,* anno XXIV, Vol. I, pag. 85.

lutiva, che si determina colla dimanda del riscatto, e per la dimostrazione della quale non è necessario l'elemento della prova scritta, imperocchè le condizioni son fatti, sono avvenimenti futuri ed incerti, ma non assumono in alcun caso la giuridica figura della convenzione, la quale, se in ispecie è diretta alla modificazione di un diritto immobiliare, dovrebbe risultare da quella prova *stricti juris*, sanzionata dall'articolo 1314 del Codice civile (1). »

Il termine decorre contro qualunque persona, ancorchè minore di età, salvo il regresso contro chi di ragione (articolo 1519). Anche in rapporto a questa disposizione, dobbiamo notare una differenza tra il sistema accolto sotto l'impero dell'antica giurisprudenza e quello seguìto dal Diritto moderno. Nel sistema dell'antica giurisprudenza, se il termine del riscatto era fissato dalla convenzione, la minore età del venditore o dei suoi eredi non impediva il corso del medesimo. Ma se trattavasi di applicare il termine del trentennio, che stabiliva la legge nel silenzio della convenzione, la età minore lo sospendeva (2).

IV. Effetti del riscatto in rapporto ai terzi. — Sotto l'impero dell'antica giurisprudenza era quistione molto agitata, *quaestio difficilis et controversa,* come dice il Fachineo, se il venditore con patto di riscatto potesse far valere il suo diritto di fronte ai terzi, quando nei rispettivi loro contratti non era stato denunziato il patto racchiuso nella vendita primigenia. Il Voet non dubitò di propugnare la sentenza negativa: « Si primus emtor rem ea lege emtam rursus alteri simpliciter vendiderit, nullo retrovendendi pacto apposito, emtor secundus a venditore primo ad retrovenditionem compelli nequit, sed tantum adversus emtorem primum personalis actio ad id quod interest intendi potest; cum pactum personam tantum obliget, at rem non afficiat (3). » Il Codice statuisce, che il venditore il quale ha pattuito il riscatto può promuoverne l'azione contro i terzi acquirenti, quantunque nei rispettivi contratti non sia stato denunziato il riscatto

(1) Corte di Cassazione di Roma; sentenza dei 5 febbraio 1895; nella *Legge,* anno XXXV, Vol. I, pag. 364.

(2) V. Troplong, *De la vente,* num. 727.

(3) V. Voet, *Comm. ad Pandectas,* Lib. XVIII, tit. III, num. 8; Hagae-Comitum, 1731.

convenuto (art. 1520). È la sanzione della teoria insegnata da Bartolo: « Pactum revendendi hoc efficere, ut jus pignoris et obligationis alteri factae resolvatur (1). » Il diritto di riscatto non è un semplice diritto personale, *jus ad rem,* non è però neanche un diritto reale, *jus in re;* esso deve annoverarsi tra quei diritti che il giureconsulto Ulpiano chiamava *personalia in rem scripta.* L'azione che promana da questi diritti è rivolta in primo ordine contro la persona; nondimeno la sua formola è concepita o scritta in termini diretti contro la cosa: *in personam vi ipsa, in rem scriptura.* Ma qui deve osservarsi, che il venditore con patto di riscatto può agire contro i terzi, *omisso medio,* vale a dire, senza essere obbligato a chiamare in causa il compratore primigenio (2).

V. Condizione giuridica del compratore con patto di riscatto. — Sotto l'impero del Diritto intermedio, il card. de Luca insegnava questa dottrina, che è pure conforme al sistema del Diritto romano: « Emptor rei, quae retractui subjecta praetenditur, donec ille sequatur, dicitur verus et perfectus dominus ac possessor, quamvis sub dubio revocabilitatis. Hoc autem posito, cum emptor personam venditoris in omnibus repraesentet, non potest conductor suo auctori, vel eum repraesentanti, quaestionem dominii et possessionis refricare, negando recognitionem in dominium, et solutionem pensionis (3). » Statuisce allo stesso modo il Codice, che il compratore col patto di riscatto esercita tutte le ragioni del suo venditore. La prescrizione decorre a favore di lui tanto contro il vero proprietario, quanto contro coloro che pretendessero di avere ragioni od ipoteche sopra la cosa venduta. Egli può opporre il benefizio dell'escussione ai creditori del suo venditore (art. 1521). La posizione del compratore, durante il termine pel riscatto, è quella di un vero proprietario; egli gode della cosa, ne paga le imposte, ne sopporta i pesi. Soltanto, il suo diritto di proprietà è sottoposto ad una condi-

(1) V. Fachineo, *Controversiarum juris,* Lib. II, Cap. XV, *Utrum ex pacto revendendi dominium rei venditae ad venditorem revertatur, ut propterea rem a quolibet tertio detentore vindicare possit;* Coloniae Agrippinae, 1660.

(2) V. Zachariae, *Cours de droit civil,* Vol. I, § 357.

(3) V. De Luca, *De emptione et venditione,* Disc. II, num. 2; Venetiis, 1726.

zione risolutiva; *sub dubio revocabilitatis,* come dice il card. de Luca. Laonde egli può, mercè l'usucapione, consolidare il suo acquisto di fronte al vero proprietario, ed ai terzi che pretendessero di avere ragioni od ipoteche sulla cosa venduta. Può anche, quando è convenuto dai creditori ipotecari del venditore, opporre loro l'eccezione di escussione. L'art. 1521 suppone, che il compratore sia turbato dai creditori che hanno ipoteca sulla cosa venduta, ed i quali vogliano far uso di questo diritto d'ipoteca che inerisce alla cosa *ut lepra cuti.* Esso è estraneo al caso, in cui i creditori chirografari del venditore vengano ad esercitare, in luogo del loro debitore, il diritto di riscatto. Invero, il compratore non potrebbe opporre il benefizio dell'escussione al venditore, verso del quale si è personalmente obbligato a sopportare il riscatto; egli quindi non può prevalersene contro coloro che, nel luogo del venditore, fanno uso dell'azione personale che a costui compete (1).

Durante il termine stabilito pel riscatto, il venditore non è più proprietario; egli non ha che un diritto condizionale alla proprietà: diritto che si può, salvo il caso di una contraria convenzione, cedere ad un terzo. Il venditore può altresì alienare la cosa, e gravarla di servitù e d'ipoteche. La cosa venduta con facoltà di riscatto non diventa, rispetto al venditore, cosa altrui, nel senso dell'articolo 1459. Il venditore aliena un diritto condizionale. « La condition ne se réalise-t-elle pas, la vente tombe; la condition se réalise-t-elle, le vendeur est considéré comme ayant toujours été propriétaire de la chose; et comment une vente faite par celui qui n'a jamais cessé d'être propriétaire serait-elle la vente de la chose d'autrui (2)? » L'alienazione da parte del venditore produce virtualmente cessione della facoltà di riscatto. In quanto alle costituzioni di ipoteche o di servitù, saranno efficaci se, con l'esercizio del pattuito riscatto, la cosa ritorni presso il venditore; al contrario svaniranno, se il riscatto non è effettuato, ovvero è effettuato da un terzo cessionario di questa facoltà (3).

VI. Norme speciali per l'esercizio del patto di riscat-

(1) V. Troplong, *De la vente,* num. 742 e 743.
(2) V. Laurent, *Principes de droit civil,* Vol. XXIV, num. 394.
(3) V. Zachariae, *Cours de droit civil,* Vol. I, § 357.

ro. — Il compratore col patto di riscatto di parte indivisa di un fondo, se è divenuto aggiudicatario del fondo intero per incanto fra condividenti provocato contro di lui, può obbligare il venditore a redimere tutto il fondo quando egli voglia far uso del patto (art. 1522). L'ipotesi figurata in questo articolo è la seguente. Un individuo ha comprato col patto di riscatto la parte indivisa di un fondo. I comproprietari, volendo far cessare la comunione, ne han provocato la vendita giudiziale, ed egli, per conservare la sua porzione, si è reso aggiudicatario del fondo intiero. Durante il tempo prefinito pel riscatto, il venditore dichiara di volerne profittare. Se il riscatto non si opera che per la parte venduta, l'indivisione ricomincerà, e in sèguito si dovrà procedere ad una nuova divisione. Per evitare gli inconvenienti che potrebbero derivare sia dalla comunione, sia da reiterate divisioni, la legge provvidamente ha concesso al compratore il diritto di costringere il venditore a redimere tutto il fondo, quando egli voglia far uso del patto. Il venditore che esercita il patto di riscatto non può lamentarsi dell'ordinamento della legge. Come osserva in proposito il Troplong: « L'affection qu'il porte à la fraction de la chose qu'il retire, est une présomption qu'en cas de licitation, il se rendrait adjudicataire et ferait ce que son acquéreur avait cru devoir faire lors du partage provoqué contre lui (1). » Si deve notare che il diritto di costringere il venditore a redimere tutto il fondo è dato dalla legge al compratore, sol quando l'incanto siasi provocato *contro di lui,* vale a dire, quando è stato costretto a divenire aggiudicatario quasi per effetto di una forza maggiore. Il benefizio della legge non potrebbe essere ammesso a favore del compratore che ha provocato la divisione, e dato occasione all'incanto.

L'azione che promana dal diritto di riscatto è divisibile, quando la cosa venduta è divisibile. Questa divisibilità si avvera tanto attivamente che passivamente, vale a dire, tanto da parte del venditore che esercita il riscatto, quanto da parte del compratore che deve subirlo. Abbiamo osservato, che la divisibilità si avvera in primo luogo in rapporto al venditore che esercita il riscatto. Statuisce il Codice che, se più persone hanno venduto unitamente e mediante un solo con-

(1) V. Troplong, *De la vente,* num. 744.

tratto un fondo tra esse comune, ciascuna può promuovere l'azione di riscatto sopra la parte soltanto che le spettava (art. 1523). Ha luogo la stessa disposizione, se chi ha venduto il fondo, ha lasciato più eredi. Ciascuno di questi può far uso della facoltà del riscatto per la parte soltanto di cui è erede (art. 1524). Il compratore però nei casi precedentemente espressi può pretendere l'intervento in causa di tutti i venditori del fondo comune o di tutti i coeredi, affinchè concordino tra loro pel riscatto del fondo intero. Se non concordano, egli sarà assoluto dalla domanda. Tuttavia non volendo uno o più dei coeredi o dei venditori del fondo comune effettuare il riscatto, possono gli altri ed anche un solo eseguirlo nella totalità per proprio conto (art. 1525). La facoltà concessa al compratore dall'articolo 1525 si spiega con due ragioni assegnate dagli scrittori. 1.° Il diritto di ritenzione è indivisibile, quantunque esso si applichi ad una cosa divisibile. Il venditore non ha forse il diritto di ritenere la totalità della cosa sino a quando non abbia ricevuto tutto il prezzo? Allo stesso modo, il compratore, obbligato a restituire la cosa mediante il rimborso del prezzo, ha diritto di ritenerla pel tutto sino a quando egli non sia interamente soddisfatto. 2.° Quegli che esercita il riscatto deve indennizzare integralmente il compratore, e rimetterlo nello stato primigenio. Ora se il riscatto non s'effettuasse pel tutto, il compratore sarebbe obbligato a soffrire gli incomodi di una comunione, contraria al pensiero primitivo del suo contratto, il cui scopo è stato quello di procurargli un fondo intero e senza divisione; egli non sarebbe rimesso nello stato in cui era prima dell'acquisto. Le ragioni dianzi enunciate non sono più applicabili quando uno o più dei coeredi o dei venditori del fondo comune effettuano il riscatto nella totalità per proprio conto.

Se diversi proprietari di un fondo non l'abbiano venduto unitamente e per intero, ma ciascuno abbia venduto la sola sua parte, essi possono separatamente esercitare l'azione di riscatto sopra la porzione che loro apparteneva. Il compratore non può costringere colui che in tal modo la esercita, a ricomprare l'intero fondo (art. 1526). Nel caso dianzi enunciato vi sono altrettante vendite, quante sono le parti distinte del fondo. I venditori sono sciolti da qualunque legame fra loro, ed il compratore non può dolersi se una parte sia riscattata,

ed un'altra resti presso di lui. Come osserva il Troplong, il compratore non può dire che egli ha acquistata la cosa, come un tutto omogeneo, per possederla indivisamente. Egli non ha comprato che delle frazioni del fondo, col rischio di subire le volontà diverse di coloro ai quali ha promesso il riscatto.

Abbiamo notato superiormente che l'azione la quale deriva dal diritto di riscatto è divisibile, quando la cosa venduta è divisibile; e tale divisibilità si avvera così attivamente come passivamente. Se il compratore ha lasciato più eredi, l'azione di riscatto non si può promuovere che contro ciascuno di essi e per la parte che gli spetta, tanto nel caso in cui la cosa venduta sia ancora indivisa, quanto in quello in cui la medesima sia stata tra essi divisa. Ma se l'eredità fu divisa e la cosa venduta è compresa nella porzione di uno degli eredi, l'azione di riscatto può essere promossa contro di lui per la totalità (art. 1527). In questa ultima ipotesi, l'azione di riscatto *può* essere promossa per la totalità contro l'erede nella cui porzione è compresa la cosa venduta. È questo uno dei casi in cui si verifica la indivisibilità *solutione* (articolo 1205). Ma la legge dà una facoltà al venditore; non gli impone un dovere. Il venditore ha il diritto, se così a lui piace, di agire contro ciascuno degli eredi personalmente; imperciocchè ciascuno degli eredi, in rapporto alla sua porzione ereditaria, succede nell'obbligazione contratta dal defunto; e non può, per mezzo della divisione, sottrarsi alla osservanza della obbligazione medesima.

VII. Obbligazioni del venditore che esercita il riscatto. — Il venditore che fa uso del patto di riscatto deve rimborsare il compratore non solo del prezzo capitale, ma anche delle spese e di qualunque altro legittimo pagamento fatto per la vendita, per le riparazioni necessarie, e per quelle altresì che hanno aumentato il valore del fondo, sino all'importare dell'aumento. Egli non può rientrare in possesso se non dopo aver soddisfatto a tutte queste obbligazioni. Il venditore che rientra in possesso del fondo in forza del patto di riscatto, lo riprende esente da tutti i pesi e da tutte le ipoteche di cui il compratore lo avesse gravato; è però tenuto a mantenere le locazioni fatte senza frode dal compratore, purchè siano convenute per un tempo non maggiore di un triennio (art. 1528). Gli ordinamenti contenuti in questo ar-

ticolo del Codice riposano su due principî fondamentali di diritto. Il primo, che nessuno deve farsi più ricco col danno altrui, e che quindi *indemnis debet emptor discedere*. Il secondo, che *resoluto jure dantis resolvitur jus accipientis*. Crediamo opportuno di aggiungere due osservazioni speciali in rapporto all'articolo dianzi riferito del Codice.

Il venditore deve rimborsare integralmente le *spese necessarie*, imperciocchè, se egli fosse stato nel possesso del fondo al tempo in cui furono erogate, le avrebbe dovuto fare egualmente: *locupletior factus est quatenus propriae pecuniae pepercit*. Quanto alle *spese utili*, vale a dire, alle spese di *miglioramenti*, alle spese che hanno aumentato il valore del fondo, il venditore deve rimborsarle in proporzione dell'aumento del valore. Se per avventura una spesa di questa natura è maggiore dell' aumento del valore del fondo, se il compratore ha speso ventimila lire e il valore del fondo è aumentato solo di 15,000 lire, in tal caso il compratore ha fatto una cattiva speculazione di cui egli solo deve sopportare le conseguenze. E qui ci piace di richiamare un'acconcia osservazione che fa il Baudry-Lacantinerie. L'obbligazione a carico del venditore di rimborsare il maggior valore prodotto dalle spese utili, lo metterà talvolta nella impossibilità di esercitare il riscatto, imperciocchè il maggior valore può essere considerevole, e « les propriétaires qui vendent à réméré sont en général des propriétaires génés. » E forse tale è stato lo scopo che si è proposto il compratore nel fare queste spese. Se il venditore prova il dolo del compratore, poichè nessuno deve ricavar profitto dal proprio dolo, dovrebbe decidersi che il venditore, in tal caso, ha la facoltà di esercitare il riscatto, senza essere tenuto a rimborsare le spese dei miglioramenti; salvo il diritto nel compratore di togliere le piantagioni e le costruzioni da lui fatte, coll'obbligo di rimettere le cose nello stato primigenio (1).

Il Codice statuisce che il venditore, il quale rientra in possesso del fondo in forza del patto di riscatto, è tenuto a mantenere le locazioni fatte senza frode dal compratore, purchè siano convenute per un tempo non maggiore di un triennio. Avuto riguardo al rigore dei principî, le locazioni con-

(1) V. Baudry-Lacantinerie, *Précis de droit civil*, Vol. III, numero 593; Paris, 1892.

sentite dal compratore si dovrebbero risolvere allo stesso modo dei diritti reali da lui concessi sulla cosa venduta. Poi che il riscatto si è esercitato, si considera che il compratore non è stato mai proprietario, e quindi non ha avuto facoltà di consentire locazioni, come non ha avuto facoltà di alienar la cosa, di stabilire sulla medesima servitù od ipoteche. Ma il Codice impone il rispetto della locazione, coi temperamenti dianzi enunciati, nell'interesse delle parti e anche nell'interesse pubblico. Il Faure, nel suo *Rapporto al Tribunato,* quando fu discusso il Codice francese, notava a tal riguardo: « L'acquéreur ne trouverait pas des preneurs soigneux et capables s'ils devaient s'attendre à être expulsés d'un jour à l'autre par l'exercice du rachat (1). » E, certamente, col provvido sistema della legge questo inconveniente non si potrà verificare.

B.

Della rescissione della vendita per causa di lesione.

I. Genesi storica e fondamento razionale dell'istituto.— La genesi storica della rescissione della vendita per causa di lesione si trova in una Costituzione degli imp. Diocleziano e Massimiano. « Rem majoris pretii, si tu vel pater tuus minoris distraxerit: humanum est ut vel pretium te restituente emptoribus, fundum venundatum recipias, auctoritate judicis intercedente; vel si emptor elegerit, quod deest justo pretio recipias. Minus autem pretium esse videtur, si nec dimidia pars veri pretii soluta sit. » (L. 2, Cod. *de rescindenda venditione*). Prima di questa Costituzione nessun ausilio era dato dalla legge al venditore che, senza dolo da parte del compratore, avea ad un prezzo vile venduta la sua cosa. Diocleziano e Massimiano, prestando ossequio ai dettami dell'equità, non dubitarono di scuotere la ferrea regola del Carme decemvirale: *Uti lingua nuncupassit, ita jus esto.* L'imperatore Giustiniano accolse l'istituto della rescissione della vendita per causa di lesione. Ed esso, come nota il Troplong, fu corroborato, nell'età di mezzo, dalle Costituzioni pontificie, del-

(1) Cit. dal Laurent, *Principes de droit civil,* Vol. XXIV, num. 417.

l'anno 1170 e dell'anno 1208, di Alessandro e d'Innocenzo (1).

Ma questa causa di rescissione razionalmente può essere approvata? Cristiano Tomasio, in una sua celebre dissertazione, *De aequitate cerebrina*, oppone al principio di *umanità* invocato dagli imperatori romani (*humanum est*), il principio di *giustizia*. Il legislatore, egli dice, non deve togliere efficacia a quel contratto in cui sono state osservate tutte le regole che ne costituiscono il fondamento giuridico. In una vendita stipulata a prezzo vile, non può dirsi che siavi dolo da parte del compratore; imperciocchè *dolus emptoris qualitate facti non quantitate pretii aestimatur*. Inoltre, egli soggiunge, le cose non hanno, in generale, un prezzo vero, un prezzo giusto; esse valgono meno per una persona, più per un'altra persona; un sol prezzo deve essere considerato, quello che è fissato dalla convenzione medesima, dalla volontà delle parti. Nessuna ragione giuridica può giustificare il legislatore, che, in questa materia, toglie efficacia ai patti liberamente consentiti.

Quando in Francia fu discusso il Codice civile, valorosi giuristi, Berlier, Regnaud, Réal e Defermon, nel Consiglio di Stato, propugnarono la sentenza del Tomasio; sostennero che il legislatore non doveva ammettere la rescissione della vendita per causa di lesione. Ma Portalis, Cambacérès, Tronchet, Muraire ed il primo Console, dopo viva discussione, fecero accettare l'istituto introdotto dagli imperatori romani.

Presso la Commissione Coordinatrice delle disposizioni del Codice civile italiano, il Precerutti riprodusse la sentenza del Tomasio. La rescissione della vendita per causa di lesione, non ammessa nell'antico Diritto romano, non risponde, egli disse, alla esigenza economica dei tempi, perchè, astrattamente parlando, non esiste un prezzo fisso e certo delle cose, e deve soltanto chiamarsi tale quello che ha *potuto ricavare* il venditore, quando offerta la cosa sua in vendita non ha trovato un prezzo maggiore. Si è proclamata la libertà degli interessi; perchè non si deve poter vendere anche al disotto del valore? Non si obbietti la violenza morale cui può sottostare il venditore, poichè questa può essere anche esercitata in senso opposto sul compratore, e può verificarsi pure nelle vendite ai pubblici incanti, in quelle di mo-

(1) V. Troplong, *De la vente*, num. 783.

bili ed in tutti gli altri contratti a titolo oneroso, casi tutti per altro nei quali non si ammette la lesione. Aggiungasi il favore che merita la libertà dei contraenti. Inoltre, dal momento in cui si riconosce che la rescissione della vendita per causa di lesione non pregiudica ai diritti che i terzi hanno intanto potuto acquistare sull'immobile, è facile il renderla illusoria. Infine, per determinare la lesione bisogna stabilire una base fissa, la quale in molti casi diventa ingiusta, perchè può avvenire che per una differenza di poche centinaia di lire si obblighi il compratore a sborsarne varie migliaia, e conviene poi sempre cader nell'arbitrio dei periti ed aprire la via a lunghe e spendiose liti.

Al Precerutti rispose il Pisanelli. « Se si esamina la questione in astratto, guardandola solo dal punto di vista della teoria, potrà nella rescissione per causa di lesione scorgersi per avventura un inceppamento alla libertà e trovarsi qualche dissonanza tra le varie disposizioni che la regolano; ma il diritto non essendo una semplice astrazione, ma espressione reale della vita concreta, ne avviene che, secondo lo sviluppo della società, si mutino alcune sue determinazioni; e non è quindi a maravigliarsi, se svegliati nelle odierne società alcuni delicati sentimenti che non erano nemmeno presentiti nelle antiche, talune cose permesse o non proibite dalle leggi romane ripugnino oggi al nostro animo, nè possano tollerarsi. La lesione del resto ben sovente è grave indizio, se non prova manifesta, di non libero consenso. Al principio che: *licitum est se mutuo circumvenire*, può bene opporsi quest'altro: *nemini licet locupletari cum alterius iactura*. Se per ragioni di giustizia e di equità la legge ammette in principio l'azione in rescissione per lesione, è poi certo che volendo discostarsi il meno possibile da quei principii di libertà e di sociale economia a cui accennava il preopinante (Precerutti), ha dovuto escluderla in tutti quei casi in cui o non esiste il pericolo, come nella vendita per pubblici incanti, od è minore, come in altri contratti, o non v'ha la ragione della necessità che ha potuto costringere il contraente, come quando si tratta del compratore, o di vendite di mobili facilmente tragittabili, e pei quali è agevole ottenere un concorso di richieste che valga ad impedire ogni lesione. » Conchiuse quindi perchè fosse in questa parte mantenuto il Progetto, confidando che, mutate le condizioni economiche e progredita la

civiltà, possano abbandonarsi questi ed altri freni indispensabili nello stato attuale delle cose. E la Commissione in maggioranza fece plauso alle suddette considerazioni (1).

Teofilo Huc ha censurato il Codice italiano per avere, sulle orme del francese, accolto l'istituto della rescissione della vendita per causa di lesione. Il compratore, assediato dalle premure incessanti, forse ancora indiscrete, del venditore, si è deciso finalmente ad acquistare una cosa di cui non avea bisogno, e vi si è deciso avuto riguardo alla tenuità del prezzo; ed anche consentendo ad acquistare la cosa ad un tal prezzo, ha reso un servigio al venditore. Con qual diritto in sèguito gli si domanda la restituzione della cosa o il supplemento del prezzo? « Admettre une telle solution, c'est décréter l'emprunt forcé entre particuliers, c'est faire du socialisme au nom d'une fausse philanthropie (2). » In altra parte del nostro lavoro abbiamo richiamata l'acconcia sentenza del Manzoni: « La ragione ed il torto non si dividon mai con un taglio così netto, che ogni parte abbia soltanto dell'una o dell'altro. » Per rispondere alle censure fatte dallo scrittore francese al Codice italiano, noi potremmo ripetere le ragioni addotte dal Pisanelli presso la Commissione Coordinatrice. Ma ce ne asteniamo, limitandoci ad una sola osservazione. Sia pure leggermente vulnerato il principio della libertà delle convenzioni, è certo che l'ordinamento accolto dal Codice presta ossequio ai dettami della equità, *humanum est*, come dicono gli imperatori romani. Tizio, stretto dalla necessità, ha dovuto vendere per ventimila lire un fondo che ne vale cinquantamila. Noi non possiamo riprovare la legge che autorizza il venditore, in un termine brevissimo, a chiedere la rescissione del contratto; allo stesso modo che l'interprete del Codice non può riprovare la disposizione che colpisce di anatema il patto commissorio in tema di pegno.

Nel sistema della legge bisogna distinguere l'azione di nullità della vendita a causa di dolo, dall'azione di rescissione per causa di lesione. In rapporto a questa seconda azione, non si deve tener conto del dolo del compratore, si ha riguardo soltanto alla quantità del prezzo da lui pagato, e

(1) Verb. num. 37 della Commissione Coordinatrice.

(2) V. Huc, *Le Code civil italien et le Code Napoléon*, Parte III, § 9, V; Paris, 1868.

lo si mette in raffronto al *giusto prezzo* dell' immobile, stimato secondo il suo stato e valore al tempo della vendita. Come osserva egregiamente il card. de Luca, può avverarsi la esistenza del dolo con una lesione minore, e può avverarsi la mancanza del dolo con una lesione maggiore. « Recte dari potest, ut etiam minori excessu concurrente, ex aliis circumstantiis juste deprehendatur malus animus deceptoris. Et e converso etiam concurrente majori excessu, aliae circumstantiae illum praeseferant sincerum. Totum id remissum est prudentis judicis arbitrio, ex singulorum casuum individuis circumstantiis regulando (1). » Quando il venditore propone l' azione di nullità a causa di dolo, deve limitarsi a dimostrare che l'atto manca di una delle condizioni richieste per la sua validità; il convenuto non potrebbe respingere l'azione, dimostrando che dall' atto nessun pregiudizio è derivato all'attore. All'opposto, il venditore che sperimenta l'azione di rescissione per causa di lesione, deve dimostrare il pregiudizio che a lui promana dall' atto che impugna; imperciocchè appunto questo pregiudizio costituisce il *substratum* necessario su cui si fonda l'azione concessa dalla legge.

II. Principî fondamentali circa l'ammissibilità della rescissione. — Nelle fonti sono in numero molto ristretto le disposizioni che riguardano questo istituto della rescissione della vendita per causa di lesione. Ed è questa la ragione delle gravi controversie che, in rapporto al medesimo, si agitano anche oggi dagli espositori del Diritto romano. L'ordinamento del Codice in questa materia è completo, ed è preciso. Noi esamineremo distintamente i principî fermati in proposito dal legislatore; richiamando, in via preliminare, la disposizione racchiusa nell'articolo 1537: anche quando si tratta dell' azione di rescissione, sono applicabili le regole stabilite in tema di *riscatto convenzionale* pei casi in cui più persone hanno venduto unitamente o separatamente, e per quello in cui il venditore o compratore ha lasciato più eredi.

1) La rescissione per causa di lesione ha luogo soltanto nel caso in cui la vendita abbia per oggetto un immobile (art. 1529). Alcuni espositori del Diritto romano hanno insegnato, che le Costituzioni imperiali accennando solo ai *fon-*

(1) V. De Luca, *De emptione et venditione*, Disc. XXVII, num. 4; Venetiis, 1726.

di, il benefizio dell' azione di rescissione non può estendersi al caso della vendita di cose mobili. Il Maynz respinge questa interpretazione. « Le raisonnement des empereurs est absolu, et les motifs de leurs décisions s'appliquent ainsi bien aux choses mobilières qu'aux immeubles. La L. 2, C. *de rescindenda venditione*, d'ailleurs, s' énonce de manière à embrasser toutes choses quelconques: « Rem majoris pretii. » Aussi les *Basiliques* ne font-ils plus mention des *fundi* et formulent la régle d'une manière générale (1). » Nel Diritto moderno non può sorgere nessuna controversia. Il testo della legge è preciso. Il Codice parla soltanto della vendita di *un immobile*. Nelle vendite che comprendono ad un tempo mobili ed immobili, si deve separare la porzione del prezzo che verisimilmente riguarda i primi, da quella che riguarda i secondi, per determinare se vi sia o no lesione. È stata propugnata la teoria che, sotto la voce *immobile,* si comprendono non solo gli immobili corporali, ma eziandio i diritti sopra beni immobili. Si è detto, che la voce *immobile* è dalla legge adoperata in contrapposto ai beni mobili, e comprende quindi tutte le cose che la legge considera immobili per l'oggetto a cui si riferiscono. Nè faccia difficoltà che i testi di legge nella loro lettera riguardino immobili corporali , poichè essi considerano il caso ordinario. D'altra parte, imperiosa necessità economica può costringere a concedere una enfiteusi, una servitù, come a vendere la piena proprietà (2). Noi accettiamo l' opposta teoria , sostenuta dai più autorevoli espositori del Codice francese, e per due ragioni. La prima è quella che risulta dal testo dell'articolo 1529, cui è conforme il testo degli articoli 1530 , 1534 e 1535. La seconda si fonda sulla *mens legis;* il valore dei diritti reali immobiliari non può determinarsi con quella precisione che sarebbe necessaria, per attribuire al legislatore l' intenzione di aver voluto estendere alla cessione di tali diritti un'azione concessa, contrariamente ai principî generali del diritto, nella supposizione che sia possibile accertare con sicurezza la esistenza della lesione. Ancora: la rescissione per causa di lesione non ha

(1) V. Maynz, *Cours de droit romain,* Vol. II, § 214, nota 11; Bruxelles, 1877.

(2) V. Pacifici-Mazzoni, *Trattato della vendita,* Vol. II, num. 136; Firenze, 1882.

luogo nelle vendite aleatorie, vale a dire nelle vendite che presentano eventualità di guadagno e di perdita, risultante dall'incertezza che esiste sia sul valore della cosa venduta, sia sull'ammontare definitivo del prezzo. Tali sarebbero, ad esempio, la vendita della nuda proprietà di un immobile e quella fatta mediante una rendita vitalizia. Ma, anche in rapporto a queste vendite, l'azione è ammissibile quando esse non contengano veramente delle eventualità aleatorie, o quando siano di così poco momento da essere moralmente certo che il prezzo non potrà mai eguagliare la metà del valore della cosa venduta (1).

2) La lesione dev'essere di oltre una metà nel giusto prezzo (art. 1529). Il Codice francese, articolo 1674, ammette la rescissione quando vi è lesione di più di sette dodicesimi. « On a considéré, osserva il Troplong, qu'en se bornant à la moitié, on se tenait dans une ligne trop incertaine. La différence la plus légère, ne fût-elle que d'un franc, aurait emporté la balance (2). » Il nostro Codice ha serbato fede al sistema del Diritto romano, e non può essere censurato a tal riguardo. Accrescendosi la proporzione, come ha fatto il Codice francese, non si rende impossibile il caso che una leggiera differenza importi la rescissione della vendita. La lesione deve determinarsi, tenuto conto del *giusto prezzo* dell'immobile. Il Cuiacio, spiegando un frammento di Ulpiano (L. 1, D. *de actionibus empti et venditi*), insegnava: « Pretii haec divisio est. Pretium vel conventio facit (*prezzo convenzionale*); vel communis populi consensus et tritura fori (*prezzo comune*); vel affectio et utilitas singulorum (*prezzo d'affezione*). » Il *giusto prezzo* è quello che *communis populi consensus et tritura fori facit;* come disse il Portalis, *le juste prix est le résultat de l'opinion commune.* In tema di divisione, il Codice concede l'azione di rescissione quando uno dei coeredi provi di essere stato leso nella divisione *oltre il quarto* (art. 1038); invece, nella vendita, il Codice richiede, per l'ammissibilità dell'azione, che la lesione sia *oltre la metà.* La ragione della differenza è questa. La divisione è un atto di *liquidazione*, col quale ciascuno dei coeredi si propone di ottenere ciò che a lui spetta, e quindi la eguaglianza deve

(1) V. Zachariae, *Cours de droit civil,* Vol. I, § 358.

(2) V. Troplong, *De la vente,* num. 794.

essere più rigorosamente osservata. All'opposto la vendita è un atto di *speculazione*, nel quale ciascuno dei contraenti cerca di fare un guadagno (1). « Emptor emit quam minimo potest, venditor vendit quam maximo potest. Plerumque diu inter se de pretio disceptant, ad extremum consentiunt. Haec studia non improbantur (2). » Quindi l'autore della legge non poteva stabilire la stessa regola, circa la misura della lesione, nella divisione e nella vendita.

3) Il venditore ha il diritto di chiedere la rescissione della vendita, ancorchè nel contratto avesse rinunziato espressamente alla facoltà di domandare una tale rescissione, ed avesse dichiarato di donare il di più del valore (art. 1529). Nelle età passate si ammetteva la efficacia di una rinunzia *speciale* in questa materia. Insegnava il Perezio: « Qui prudens sciensque valorem rei esse supra dimidiam pretii, quod accipit, specialiter renunciavit, remedio hujus legis plane excluditur, cum privilegio suo sponte renunciare cuique liceat (3). » Una Costituzione milanese, del 1216, statuiva espressamente: « Si in venditione rerum immobilium alterutra pars enorme damnum sustineat, jure legum agitur; nisi specialiter quis renunciavit quod agere non possit etiam si enormiter laederetur, quo casu donare videtur (4). » Il nostro Codice ha sancito il principio opposto. E qui dobbiamo richiamare l'ultimo capoverso dell'articolo 1309, il quale statuisce che le disposizioni relative alla *conferma* delle obbligazioni non si applicano all'azione di rescissione per causa di lesione.

4) La rescissione a titolo di lesione non ha luogo in favore del compratore (art. 1536). Con questa disposizione, rispondente a quella che si legge nell'articolo 1683 del Codice francese, il Diritto moderno ha risoluta una quistione molto controversa fra gli espositori del Diritto romano. Giovanni Voet, il Molineo ed il Fachineo ritenevano, che si dovesse

---

(1) V. Baudry-Lacantinerie, *Précis de droit civil*, Vol. III, numero 599; Paris, 1892.

(2) V. Cuiacio, *Recitationes solemnes*, ad tit. Cod. *de rescindenda venditione* (Vol. IX, col. 373, ediz. napoletana del 1758).

(3) V. Perezio, *Praelectiones in Codicem*, Lib. IV, tit. XLIV, numero 17; Amstelaedami, 1761.

(4) V. Pertile, *Storia del Diritto italiano*, Vol. IV, § 156; Padova, 1874.

ammettere la rescissione a titolo di lesione non solo a vantaggio del venditore, ma eziandio a vantaggio del compratore, essendo ingiusto stabilire una ineguaglianza di diritti e di doveri tra il primo ed il secondo. Cuiacio, invece, strenuamente propugnò la sentenza accolta dal Diritto moderno; e le ragioni colle quali confortavala l'illustre giureconsulto sono ineluttabili. « Aequum erat subvenire venditori, qui minoris vendidit, quem plerumque necessitas rei familiaris compellit vendere pretio minore; non etiam emptori, ultro accedenti ad emptionem praedii saepe fraudandi causa, et plerumque ementi pretio immenso et immodico, affectione opportunitatis, vicinitatis, vel coeli, vel quod illic educatus sit vel parentes sepulti, vel quod maiorum ejus fuerit: qua cupiditate incensus, ultro projiciet saepe ingentia et immensa pretia, quod calorem vocat L. *locatio,* D. *de publicanis,* alii insaniam, stultitiam (1). » L'*affectio vicinitatis,* enunciata dal Cuiacio, è un caso espressamente preveduto in un frammento di Terenzio Clemente: « Saepe confines fundos, etiam supra justam aestimationem, interest nostra adquirere. » (L. 54, D. *de legatis*, II). Quando fu discusso il Codice francese, il Portalis sapientemente osservava: « Si può vendere per bisogno, per necessità. Ma non si possono avere gli stessi timori pel compratore. *On n'est jamais forcé d'acquérir*; *on est toujours dans l'aisance quand on fait une acquisition* (2). » L'ausilio della legge non dovea quindi estendersi al compratore.

5) La rescissione a titolo di lesione non ha luogo nelle vendite che si fanno ai pubblici incanti (art. 1536). Sotto l'impero dell'antica giurisprudenza l'azione si ammetteva anche nelle vendite eseguite ai pubblici incanti. « Laeso contrahenti succurritur etiam in publicis venditionibus sub hasta factis, sive libera voluntate, sive de re minoris agatur, sive ex judicis auctoritate in executionem judicati; judex enim de rei pretio non pronunciat, sed de solemnitate subhastationis, atque eadem in his viget aequitatis ratio (3). » Il Por-

(1) V. Cuiacio, *Observationum*, Lib. XVI, Cap. XVIII (Vol. III, col. 468 dell'ediz. napoletana del 1758).

(2) Cit. dal Laurent, *Principes de droit civil,* Vol. XXIV, numero 421.

(3) V. Richeri, *Institutiones universae jurisprudentiae,* Vol. IV, § 4221; Taurini, 1789.

talis, nella *Esposizione dei motivi* del Codice francese, così dava ragione del principio opposto accolto dal Diritto moderno: « Quand la justice intervient entre les hommes, elle écarte toute soupçon de surprise et de fraude. » Il Troplong non trova convincente la ragione addotta dal Portalis. Egli ritiene che il sistema del Codice non puossi spiegare altrimenti, che avuto riguardo alla circostanza che la viltà del prezzo costituisce la regola delle vendite che si fanno ai pubblici incanti. Gli aggiudicatari hanno ricavato vantaggio da questo stato di cose, che è ordinario in tali vendite, senza che loro si possa opporre alcuna frode (1). Ma a noi sembra che la vera ragione del sistema adottato dal Diritto moderno è quella enunciata dal Faure, relatore del Tribunato: « Les ventes judiciaires demandent des procès-verbaux, des affiches et plusieurs autres formalités telles, qu'il est impossible de craindre, que la chose n'ait pas été vendue à peu près la somme qu'il était possible d'en recevoir. » È questa una ragione pratica che, nella più parte dei casi, giustifica il sistema della legge (2).

III. Tempo concesso per l'esercizio dell'azione. — Nel sistema dell'antica giurisprudenza francese si dava un decennio al venditore per lo sperimento dell'azione di rescissione. « Restitutiones in integrum concluduntur constitutionibus Gallicis decennio (3). » Quando fu discusso il Codice Napoleone, alcuni giuristi proposero la conservazione dell'antico sistema, altri propugnarono la sentenza della riduzione del termine a sei mesi o ad un anno. Fu accolta una opinione *erciscunda*; fu stabilito il termine di un biennio (4). Il Codice italiano riproduceva il medesimo sistema. La domanda per rescissione non è più ammessa, spirati due anni dal giorno della vendita. Questo termine decorre contro gli assenti, contro gli interdetti ed i minori aventi causa da un venditore di maggiore età (art. 1531). Questo ordinamento è stato seguito dal Diritto moderno per considerazioni di economia so-

---

(1) V. Troplong, *De la vente,* num. 856.

(2) V. Laurent, *Principes de droit civil,* Vol. XXIV, num. 426.

(3) V. Cuiacio, *Recitationes solemnes,* ad tit. Cod. *de rescindenda venditione* (Vol. IX, col. 374 dell'ediz. napoletana del 1758).

(4) V. Baudry-Lacantinerie, *Précis de droit civil*, Vol. III, numero 608; Paris, 1892.

ciale; *ne incerta dominia essent*, diremo col giureconsulto romano.

Il termine dei due anni decorre e non si sospende durante il tempo stipulato pel riscatto (art. 1531). Ma, sino a che pende la condizione sospensiva, sotto cui la vendita ebbe luogo, non decorre il biennio per domandarne la rescissione a causa di lesione. « L'articolo 1531 esclude dall'inazione innocua il solo periodo stabilito pel riscatto; ed è naturale che trattandosi in tal caso di condizione risolutiva di un diritto già trasferito, manchi ogni buona ragione per dire sospesa l'azione di lesione. Sicchè per la condizione sospensiva non compresa nella eccezione, appunto perchè non trasferito ancora il diritto che ne dipende, lo sperimento dell'azione rientra nella regola generale, anche perchè, immaturo l'interesse di agire, non potrebbe dar vita ad azione, la quale per testo di legge deve presupporre l'interesse (1). »

Dopo il biennio dalla vendita, convenuto il venditore per l'esecuzione del contratto, non potrebbe opporre la eccezione di rescissione. Egli non potrebbe far ricorso alla massima: *quae temporalia sunt ad agendum, sunt perpetua ad excipiendum*; imperciocchè a lui competeva un'azione, che, nel suo interesse, era tenuto a sperimentare nel termine prefinito dalla legge. E qui vogliamo riferire alcuni periodi di una dotta sentenza della Cassazione di Roma, sentenza nella quale è richiamata una teoria su cui ci siamo già due volte arrestati: « Quando uno si trova in condizione che non possa agire, e dipende dal suo avversario l'intentare o no l'azione e prendere l'iniziativa dell'attacco, allora non gli si può dar colpa di negligenza nel prevalersi dell'eccezione nella quale è riposta la intera sua difesa. In questo caso la eccezione resta indipendente, è imprescrittibile, e dura tanto quanto dura l'azione contraria che si vuol paralizzare. Infatti è regola generale che non corra la prescrizione contro chi non può agire, contro chi non può prender l'iniziativa dell'attacco; così si dice che non si prescrive contro chi possiede. Perlochè colui che si trova nel possesso d'una cosa, o nel godimento d'uno stato di libertà e si ripara sotto lo scudo d'una eccezione per mantenersi nel possesso della cosa, conserva in qualunque

(1) Corte di Cassazione di Napoli; sentenza dei 21 dicembre 1886; nella *Giurisprudenza italiana*, anno 1887, parte I, pag. 212.

tempo in cui venga turbato o molestato nel possesso e nel godimento, il mezzo della sua difesa, l'efficacia della eccezione che lo garantisce e protegge finchè dura l'azione del suo avversario. Al contrario quando il diritto è protetto dall'azione e dall'eccezione; e la persona cui competono trovasi nella possibilità d'agire nel termine stabilito per l'esercizio dell'azione, l'eccezione muore nello stesso tempo dell'azione, nè questa può risorgere sotto mutate forme. Allora la regola *quae temporalia* etc. non ha alcun potere nè efficacia; e vanamente e fuor di proposito s'invoca (1). »

IV. Norme per l'esercizio dell'azione. — Per conoscere se vi è lesione oltre la metà, si deve stimare l'immobile secondo il suo stato e valore al tempo della vendita (art. 1530). « Laesio in contractu venditionis consideranda est, habito respectu ad pretium de tempore contractus (2). » La ragione è evidente; se al tempo della vendita non eravi lesione, questa non potrebbe derivare da fatti avveratisi posteriormente. La stima, e lo abbiamo già osservato, deve regolarsi sulla comune opinione, e non su affezioni particolari e sopra idee individuali. « Pretia rerum non ex affectu nec utilitate singulorum, sed communiter funguntur. » (L. 33, D. *ad legem Aquiliam*). Il prezzo deve stabilirsi avuto riguardo alla diversità dei tempi e dei luoghi; e non si deve tener conto di un aumento momentaneo e passaggiero (3). Come si trae dall'articolo 1533, il giudice non potrebbe, senza una perizia preliminare, e soltanto esaminati gli atti di vendita, di locazione, o altri documenti, dichiarare l'esistenza della lesione e pronunciare la rescissione.

La prova della lesione non può essere ammessa che nel caso in cui i fatti denunziati siano bastantemente verisimili e gravi per far presumere la lesione (art. 1532). Questo articolo segna un'altra differenza in tema di rescissione per lesione, secondo che si tratta di vendita o di divisione. Nella divisione, quando si vuole sperimentare il rimedio della lesione, non occorre, per ottenere la perizia dei beni divisi, che

(1) Corte di Cassazione di Roma; sentenza degli 8 luglio 1879; nella *Giurisprudenza italiana,* anno 1880, parte I, pag. 107.

(2) Ruota Romana; decisione dei 6 luglio 1612; V. *Sacrae Rotae Romanae Decisionum recentiorum*, Pars III, num. 447; Venetiis, 1716.

(3) V. Troplong, *De la vente,* num. 814.

l'attore somministri un primordio di prova che renda verisimile la sussistenza della lesione, come è necessario in materia di vendita. Come bene osservò la Corte di appello di Firenze, le eccezioni, ed in ispecie quelle che inceppano la tutela dei propri diritti, non si debbono estendere al di là dei casi preveduti espressamente dalla legge. « D'altra parte non mancano ragioni, che valgano a giustificare la differenza fra l'uno e l'altro dei predetti casi. Nei contratti corrispettivi, fra i quali vi è la vendita, *licet invicem decipere,* fino ad una certa misura; e appunto perchè la legge vede di mal'occhio, che contratti di questa specie, nei quali la parte deve vegliare al proprio interesse, siano di frequente rescissi, ha stabilito che la lesione, in tema di vendita, non dia luogo a reclamo, se non quando superi la metà del giusto prezzo. Invece nei contratti di divisione, dei quali sono fondamento la buona fede e la eguaglianza, la legge è stata meno ritrosa ad ammettere la rescissione per causa di lesione, bastando a questo effetto, che uno dei condividenti sia stato leso oltre il quarto. Occorre pure rilevare, che il silenzio tenuto in proposito dal legislatore non potrebbe minimamente spiegarsi colla dimenticanza, sì perchè ciò non è ammissibile, e sì perchè apparisce bastantemente chiaro avere esso voluto derogare in tal materia al diritto comune, che trattava alla pari i due sopraenunciati contratti, sia per la quantità necessaria a costituire la lesione, sia per gli estremi occorrenti onde essere ammessi a provarla. Ed è ben ragionevole, che dalla legge nuova così si venisse a disporre, avvegnachè, mentre nel movimento delle transazioni commerciali, e nei rapporti d'interesse e di speculazione fra estranei può essere fino ad un certo punto indifferente, che uno risenta danno dalla sua poca oculatezza, la legge poi male comporta, che fra persone ordinariamente congiunte per sangue e vincoli di famiglia, una si locupleti a pregiudizio di altre, e con lesione di quella eguaglianza che deve presiedere alle relazioni fra i condomini, e deve imperare fra persone che hanno comunanza di origine (1). »

La prova del valore si fa mediante perizia. La prova testimoniale non può essere ammessa, se non per stabilire cir-

---

(1) Corte di appello di Firenze; sentenza dei 10 gennaio 1874; negli *Annali della giurisprudenza italiana,* anno 1874, parte II, pag. 1.

costanze di fatto che la perizia non ha potuto definire (articolo 1533). La perizia, *in subiecta materia* , offre una guarentigia maggiore della prova per testimoni. Ordinariamente, disse il Portalis, a guarentigia di una deposizione non si ha che la memoria o la buona fede della persona che depone. Un testimone può essere corrotto o subornato. La sua memoria può essere infedele; i fatti sui quali si rende ordinariamente testimonianza sono per la maggior parte fuggevoli. Questi inconvenienti non si verificano nella stima eseguita da periti, che costituiscono una specie di magistratura, ed i quali hanno l'abito del loro ufficio, e si trovano nella necessità di conservare la pubblica confidenza. D'altra parte, quando trattasi di stimare se vi è stata lesione nel contratto di vendita di un immobile, essi hanno sotto gli occhi questo immobile: possono quindi con sicurezza dare il loro avviso. Del resto, l'avviso dei periti non è di tale efficacia da vincolare la decisione dell'autorità giudiziaria. *Dictum expertorum nunquam transit in judicium.* L'autorità giudiziaria ha il dovere di sentire l'avviso dei periti; ma non ha il dovere di seguirlo (1).

V. Effetti della rescissione. — Nel caso in cui l'azione di rescissione venga ammessa , il compratore ha la scelta o di restituire la cosa, o di ritenerla pagando il supplemento al giusto prezzo (art. 1534). L'obbligazione del compratore non è *alternativa;* essa è *facoltativa.* Una sola prestazione *est in obligatione;* la restituzione della cosa. L'altra prestazione, il supplemento del prezzo, *est in facultate solutionis;* è una facoltà di cui, a suo talento, può fare o non fare uso. Dal principio, che l'obbligazione del compratore è *facoltativa*, deriva questa conseguenza importantissima: se la cosa è perita per caso fortuito, il compratore è completamente liberato (2).

Nell'antico Diritto italiano era statuito, che il compratore dovesse restituire al venditore una parte della cosa venduta , in proporzione della differenza tra il prezzo pagato e il giusto prezzo. Riferiamo in proposito la disposizione di una

(1) V. Baudry-Lacantinerie, *Précis de droit civil,* Vol. III, numero 610; Paris, 1892.

(2) V. Mourlon, *Répétitions écrites,* sugli art. 1681 e 1682 del Codice francese.

Legge veneta, del 2 maggio 1478: « Perchè in le nostre terre sono molti instigati dal diabolico spirito a far molti contratti illiciti, de comprare possessioni de poveri bisognosi per molto manco di quello che vale dette possessioni, i rettori debbono far restituire il sopra più delle dette possessioni (1). » Ma questo ordinamento non poteva seguirsi dal Diritto moderno, imperciocchè ingiustamente sarebbe stato costretto il compratore a ritenere solo una parte della cosa che avea voluto acquistare pel tutto.

Nel sistema del Codice, giusta l'articolo 1534 dianzi riferito, il compratore, poi che è stata ammessa l'azione di rescissione, ha la scelta tra la restituzione della cosa e il pagamento del supplemento al giusto prezzo. Il Codice ci presenta delle norme da osservarsi, secondo che il compratore preferisca l'una o l'altra prestazione.

A) *Pagamento del supplemento al giusto prezzo.* — Il compratore, se presceglie di ritenere la cosa, è tenuto agli interessi del supplemento dal giorno della domanda di rescissione (art. 1535). Come si giustifica la disposizione della legge? Il compratore ha raccolti *tutti* i frutti della cosa dal giorno della vendita; perchè il Codice non gli ha imposto il dovere di pagare gli interessi del supplemento a partire dal medesimo giorno? Il legislatore, come osserveremo di qui a poco, nell'ipotesi di restituzione della cosa, ha stabilito che la liquidazione dei frutti e degli interessi si dovesse fare a partire dalla domanda di rescissione; e quindi ha stimato opportuno, ispirandosi allo stesso criterio, di far decorrere dallo stesso giorno gli interessi del supplemento, nella ipotesi in cui la cosa sia ritenuta dal compratore (2). L'interprete deve osservare che vi è una perfetta armonia negli ordinamenti della legge.

B) *Restituzione della cosa.* — Se il compratore presceglie di restituire la cosa e di ritirarne il prezzo, deve i frutti dal giorno della domanda. Gli interessi del prezzo ch'egli ha pagato, sono a lui parimente computati dal giorno della domanda, o dal giorno del pagamento se non ha raccolto alcun

---

(1) V. Pertile, *Storia del Diritto italiano*, Vol. IV, § 156; Padova, 1874.

(2) V. Ricci, *Corso teorico pratico di Diritto civile*, Vol. VII, numero 253.

frutto (art. 1535). Il compratore deve restituire i frutti dal giorno della domanda, e non da quello della vendita. Il Pacifici-Mazzoni con aspre parole ha censurato la disposizione della legge; questa disposizione, egli ha detto, non si può giustificare nè con ragioni di diritto, nè con ragioni di equità (1). Ma noi non crediamo che l' autore della legge sia meritevole di così grave censura. Crediamo invece che la giustizia e l' equità *coniurant amice* per spiegare l' ordinamento del Codice. Diremo in proposito col Fabro: « Fructus non sunt restituendi, quippe quos emtor jure dominii percepit, atque potius sibi imputare debet venditor, cur citius non egerit, cum rei suae pretium scire praesumatur (2). » La rescissione per causa di lesione è un benefizio che il legislatore ha concesso al venditore *contra rationem juris*; imperciocchè non si può contrastare che, giusta il rigore dei principî, il contratto non maculato dal dolo dovrebbe essere rispettato. Ora il legislatore avea il diritto di mettere dei confini al benefizio da lui concesso, avea il diritto di imporre che, in questa materia, non dovessero avere applicazione rigorosa le norme da cui è governata la teoria della risoluzione dei contratti.

Le spese che si sono erogate pel contratto di vendita restano a carico del compratore. Ma il venditore è tenuto al rimborso delle spese necessarie, vale a dire delle spese che il compratore ha dovuto fare per la conservazione della cosa; di quelle spese che avrebbe dovuto pur fare il venditore, se egli si fosse trovato nel godimento della cosa, al tempo in cui furono erogate. In rapporto alle spese utili, il venditore è obbligato a rimborsarle in proporzione del maggior valore che la cosa ha acquistato in conseguenza delle medesime. Qui però dobbiamo ripetere l' osservazione fatta nell' esame dommatico dell'articolo 1528 del Codice, relativo alla ipotesi del venditore che fa uso del patto di riscatto. Se il compratore ha agito dolosamente nel fare piantagioni e costruzioni, cioè a dire, le ha fatte allo scopo di impedire indirettamente al venditore l'esercizio del suo diritto di riprendere la cosa, in tal caso, provato il dolo, il compratore può essere costretto

(1) V. Pacifici-Mazzoni, *Trattato della vendita*, Vol. II, num. 150; Firenze, 1882.

(2) V. Fabro, *Codex*, Lib. IV, tit. XXX, def. 31; Lugduni, 1661.

a togliere le costruzioni e le piantagioni, coll'obbligo di rimettere la cosa nello stato in cui era al tempo della vendita.

Quando il compratore, invece di pagare il supplemento, preferisce di restituire la cosa, può sperimentare il *diritto di ritenzione* fino a che il venditore non abbia adempite le obbligazioni che gli incombono: restituzione del prezzo, rimborso delle spese? I più autorevoli espositori del Diritto moderno ammettono a benefizio del compratore il diritto di ritenzione. Il Laurent osserva in contrario: « Cela nous paraît douteux. Il faut s'en tenir à la rigueur du principe: pas de privilége sans loi (1). » Ma è facile rispondere al Laurent, che il silenzio della legge, del Codice francese e del Codice italiano, a questo riguardo, si spiega benissimo quando si tiene conto che i due Codici si occupano soltanto delle obbligazioni del compratore, e tacciono sulle obbligazioni del venditore. Forse, da questo silenzio si deve ricavare la conseguenza che il venditore non è tenuto al rimborso delle spese necessarie, e anche delle utili, nella proporzione dianzi enunciata? È il caso di ripetere col giureconsulto romano: *hoc aequitas suggerit, etsi jure deficiamur*. Troviamo una sentenza della Corte di Lucca, nella quale ampiamente è svolta la dottrina: il diritto di ritenzione del fondo venduto, fino a che il compratore non sia rimborsato delle spese e dei miglioramenti fatti, di cui all'articolo 1528 Codice civile, non è tassativo al caso in detto articolo contemplato; e compete ancora al compratore quando la vendita sia rescissa per lesione. Osservò, fra l'altro, la Corte: « Il gius di ritenzione riconosciuto dall'articolo 1528 non trova la sua ragione d'essere in un obiettivo giuridico che sia limitatamente riferibile al patto di riscatto, ma sibbene nel generale principio di equità, che non permette la violazione della uguaglianza fra le parti contraenti; uguaglianza che certamente sarebbe alterata ogni qualvolta si ammettesse che il venditore può riprendersi la cosa venduta senza prima avere restituito il prezzo, o rimborsato i fatti pagamenti, ed il compratore deve rilasciarla senza essere soddisfatto del suo credito, e senza essere garantito da alcun diritto reale (2). »

(1) V. Laurent, *Principes de droit civil,* Vol. XXIV, num. 453.

(2) Corte di appello di Lucca; sentenza dei 20 febbraio 1883; nel *Foro italiano,* anno 1883, parte I, pag. 564.

Quali sono gli effetti dell'azione di rescissione di fronte ai terzi? Sotto l'impero dell'antica giurisprudenza, insegnava il Richeri: « Actione hac conveniri possunt emtor, ejusque heredes, atque tertius possessor, si laesio enormissima intervenerit, ex qua contractus irritus est; non si enormis tantum, quia non realis, sed personalis est (1). » Il Borsari, spiegando il sistema del Codice italiano, enuncia la teoria: « Proposta la querela di lesione, rescissa la vendita, l'azione ottiene il suo proprio naturale sviluppo, e si estende a colpire i terzi detentori (2). » E cita, a conforto della sua teoria, il Merlin, il Toullier, il Duranton e il Troplong. Questi valorosi giuristi propugnavano una dottrina esattissima, avuto riguardo al sistema del Codice francese. Ma il Borsari, commentatore del Codice italiano, era tenuto a conoscere gli ordinamenti di questo Codice. Egli non avea il diritto di ignorare la disposizione chiarissima, contenuta nel capoverso dell'art. 1308: « L'azione di rescissione per causa di lesione, nei casi in cui è ammessa, non produce effetto a danno dei terzi, i quali hanno acquistato diritti sugli immobili anteriormente alla trascrizione della domanda di rescissione. » In propria sede abbiamo assegnato il fondamento razionale su cui riposa il sistema della legge.

VI.

Della cessione dei crediti o di altri diritti.

BIBLIOGRAFIA. — 1.° Tiraquelli, *De utroque retractu, municipali et conventionali* (Venetiis, 1562); — 2.° Theodorici, *Dissertatio de cessis nominibus* (Jenae, 1619); — 3.° Brunnemanni, *De definitione et materia cessionis jurium* (Francofurti, 1637); — 4.° Olea, *Tractatus de cessione jurium et actionum* (Vallisoleti, 1652); — 5.° De Luca (C. A.), *Cessionis jurium et actionum in labyrinthum janua* (Neapoli, 1695);—6.° Brenheisen, *De praestatione evictionis in cessione nominis* (Halae, 1696); — 7.° Schmidii, *De obligatione cedentis ad verum non bonum nomen cedendum* (Giessae, 1699); — 8.° Friesii,

(1) V. Richeri, *Institutiones universae jurisprudentiae*, Vol. IV, § 4218; Taurini, 1789.

(2) V. Borsari, *Comm. del Codice civile italiano*, Vol. IV, § 3590.

De praeiudicio debitoris ex scientia cessionis (Lipsiae, 1699); — 9.° Rieden, *De evictione nominis venditi praestanda* (Argentorati, 1737); — 10.° Bach, *Exercitatio juris civilis de lege anastasiana* (Halae, 1767); — 11.° Vordenhoff, *Dissertatio, qua doctrina de cedente ad cessi nominis bonitatem praestandam non obligato, sub examen revocatur* (Bremae, 1771);—12.° Schele, *De justis limitibus lege anastasiana nominis cessioni positis* (Helmst. 1794);—13.° Bégis, *Du transport des créances* (Paris, 1852); — 14.° Bigot, *De la cession de créance* (Paris, 1854); — 15.° David, *De la cession des créances* (Paris, 1856); — 16.° Pagès, *Du transport des créances* (Paris, 1856); — 17.° Duhamel, *De la cession de créances* (Grenoble, 1864);—18.° Precerutti, *Riscatto litigioso* (negli *Annali della giurisprudenza italiana*, anno 1869, parte III, pag. 65 e seg.); — 19.° Binet, *De la cession de créances* (Nancy, 1870); — 20.° Lerenard-Lavallée, *De la vente ou cession de créances* (Caen, 1870);— 21.° Regnault, *De la cession des créances* (Paris, 1874);—22.° Bourgeois, *Du retrait litigieux et du retrait successoral* (Dijon, 1876);— 23.° Bomboy, *De la cession des créances* (Paris, 1877);—24.° Jalenques, *De la cession des créances* (Paris, 1878); — 25.° Leroy, *Du retrait litigieux* (Paris, 1882); — 26.° Spinelli, *Se il debitore ceduto possa opporre al cessionario le eccezioni che avrebbe potuto opporre al cedente* (nel *Filangieri,* maggio 1885); — 27.° Mirabelli, *Della cessione dei crediti e loro accessori per atti tra vivi, a titolo gratuito od oneroso, rispetto ai terzi* (nella Raccolta *Del diritto dei terzi secondo il Codice civile italiano,* Vol. I, Torino, 1889);— 28.° Cuturi, *Della cessione* (Napoli, 1891);—29.° Hamande, *De l'inobservation des formes de publicité dans la cession des créances* (Bruxelles, 1893).

La teoria che è racchiusa sotto questo capitolo del Codice è di molta importanza nella vita pratica del Diritto, e questa speciale importanza *nella sfera del concreto,* come direbbe il Giusti, è anche attestata dagli antichi scrittori. Noi, attenendoci al sistema che abbiamo costantemente seguìto nell'esame degli altri istituti del Codice, coordineremo scientificamente le disposizioni della legge, perchè riesca più chiaro lo svolgimento dommatico delle medesime.

I. Concetto generale della cessione. — Quando si consideri unicamente la sottigliezza del Diritto, potrà sembrare non rispondente al rigore dei principî da cui sono governate le obbligazioni la cessione di un credito, di un diritto, di

un' azione. Il debitore, invero, non si è obbligato che verso la persona del creditore, col quale ha contrattato; come lo si può costringere a diventare debitore di un'altra persona, senza un fatto suo, senza il suo consenso? *Cessio fit etiam invito debitore* (1). Il debitore ha contrattato con una persona, la quale si serve moderatamente dei mezzi che le concede la legge per conseguire il pagamento dei suoi crediti; la cessione lo fa cadere nelle mani di una persona che non rifugge dal ricorrere al *summum jus,* che è straniera ai sentimenti di umanità, che vuole ad ogni modo essere soddisfatta sino all'ultimo quadrante del credito cedutole. A prima fronte sembra quindi che non si possa giustificare la cessione; non pare che essa si possa conciliare coi principî giuridici. Ma, d'altra parte, non è forse vero che il creditore può esercitare le ragioni che a lui competono per mezzo di un mandatario? Se ciò è vero, se i principî giuridici non vi ripugnano, ecco giustificata la cessione. Colui al quale si è ceduto un credito, un diritto, un' azione, si consideri come un mandatario del cedente; un mandatario però che agirà *nomine proprio,* un *procurator in rem suam.* « Cessionarius dicitur procurator in rem propriam (2). » Sol perchè egli non agirà in nome del mandante, non potrà dirsi cangiata la sua posizione giuridica in rapporto al debitore. Costui non potrebbe ragionevolmente muovere di ciò alcun lamento.

La cessione, quando la voce è assunta nel suo più ampio significato, è la trasmissione mediante atto tra vivi di una cosa incorporale, di una cosa *quae tangi non potest,* e quindi di un credito, di un diritto, di un'azione. « Cessio est, qua nomen alienum alicui in suam ipsius utilitatem persequendum demandatur transferturque (3). » Questa trasmissione, che può aver luogo tanto a titolo gratuito che a titolo oneroso, viene più specialmente, vale a dire in un significato più ristretto, chiamata cessione (in francese *transport*), quando ha luogo in forma di vendita, cioè mediante un prezzo determinato in danaro (4).

---

(1) V. Cuiacio, *Recitationes solemnes*, ad tit. D. *de obligationibus et actionibus* (Vol. IX, col. 241 dell'ediz. napoletana del 1758).

(2) Ruota Romana; decisione dei 23 gennaio 1672; V. *Sacrae Rotae Romanae Decisionum recentiorum,* Pars XVII, num. 231; Venetiis, 1716.

(3) V. Mühlenbruch, *Doctrina Pandectarum,* § 496; Bruxellis, 1838.

(4) V. Zachariae, *Cours de droit civil,* Vol. I, § 359.

Quali diritti possono essere ceduti? I diritti, allo stesso modo delle cose corporali, sono in commercio. Adunque è questo il principio fondamentale che deve stabilirsi in tale materia: ogni diritto che ha per oggetto una cosa che è in commercio può essere ceduto, semprechè una legge non ne abbia proibita l'alienazione (1). Insegnava l'Ubero: « Omnes, quae commodum cedentis pecuniarium continent, cedi posse actiones, exceptis iis, quae rationem habent mere personalem, non egredientem certas personas (2). » Ad esempio, i diritti di uso e di abitazione non si possono cedere (art. 528). Alcuni giuristi dell'antica scuola propugnarono la teoria, che tutti quei diritti che si possono trasmettere per successione son capaci parimente di essere trasmessi per cessione. Altri furono di avviso, che non si possono cedere quei diritti che non si possono esercitare dai creditori; e sembra che tra questi giuristi si possa annoverare l'Ubero, le cui parole abbiamo dianzi riferite. Il Tiraquello e il de Olea passano in rassegna le discordanti opinioni dei Dottori a tal riguardo. Questi concetti assoluti si debbono ripudiare. Vi sono dei diritti trasmissibili per successione, ma che tuttavia non possono cedersi; e vi sono dei diritti che, quantunque non si possano esercitare malgrado il debitore, sono capaci, allorchè interviene il consenso di costui, di essere ceduti. Ad esempio, decideva il Supremo Collegio di Napoli, che un'azione di rivocazione di donazione per ingratitudine può essere ceduta ad un terzo, dopo di essere stata istituita. « Dopo essere stata già istituita l'azione, ben potevasi cedere ad altri il diritto di continuare il giudizio sino alla espletazione. Non ha mai formato oggetto di dubbio, che un'azione così fatta, già dedotta nel foro, possa essere oggetto di cessione. Poichè quanto al motivo stesso fondato nell'ingratitudine, dopo che l'azione è stata già istituita, ogni presunzione di oblio e di perdono da parte del donante viene a svanire intieramente. Questa considerazione rende di nessun valore l'assunto di essere la cessione nella specie contraria alla legge ed ai buoni costumi (3). » Conchiuderemo coi dotti annotatori dello Zachariae,

(1) V. Laurent, *Principes de droit civil*, Vol. XXIV, num. 462.

(2) V. Ubero, *Pandectarum*, Lib. XVII, tit. I, num. 7; Lipsiae, 1725.

(3) Corte Suprema di Napoli; sentenza dei 12 giugno 1858; V. Ca-

che fa d'uopo, in questa materia, rinunziare a criteri assoluti; e, per conoscere se un determinato diritto si possa o no cedere, si deve aver riguardo alla natura ed ai caratteri particolari del medesimo, al fine per cui fu stabilito, alle condizioni del suo esercizio e all'analogia con altri diritti in ordine alla cui cessione la legge si è pronunziata formalmente (1). Abbiamo superiormente richiamato l'articolo 528, il quale non ammette la cessione dei diritti di uso e di abitazione. Ora aggiungiamo il richiamo dell'articolo 954, che interdice l'alienazione dei diritti eventuali che si potrebbero avere alla eredità di una persona vivente.

II. Effetti della cessione tra le parti e in rapporto ai terzi. — Quando è perfetta la cessione? Vale a dire, quando si avvera il trasferimento del credito? Quando il credito passa dal patrimonio del cedente in quello del cessionario? Avuto riguardo al sistema della legge, si debbono distinguere gli effetti della cessione nei rapporti tra il cedente ed il cessionario, e gli effetti della cessione nei rapporti con i terzi.

A) *Effetti della cessione tra le parti.* — La vendita o cessione di un credito, di un diritto o di un'azione è perfetta, e la proprietà se ne acquista di diritto dal compratore al momento che si è convenuto sul credito o sul diritto da cedersi e sul prezzo, quantunque non ne sia trasferito il possesso. Il possesso si trasferisce mediante la consegna del documento che prova il credito o diritto ceduto (art. 1538). Questa consegna del documento, questa tradizione, non ha per iscopo il trasferimento del dominio della cosa ceduta dal cedente al cessionario, imperciocchè, e il Codice lo dichiara espressamente, il trasferimento si è già avverato pel fatto solo della cessione. La suddetta consegna, allo stesso modo della tradizione di una cosa corporale, ha il solo scopo di mettere il cessionario nella possibilità di far uso della cosa da lui acquistata (2).

B) *Effetti della cessione relativamente ai terzi.* — Perchè la cessione sia perfetta in rapporto ai terzi, la legge ri-

---

puano, *Giurisprudenza civile della Corte Suprema di Giustizia di Napoli,* Vol. I, pag. 472.

(1) V. Aubry e Rau su Zachariae, Vol. I, § 359.

(2) V. Mourlon, *Répétitions écrites,* sull'articolo 1689 del Codice francese.

chiede l'avveramento di un fatto che *renda pubblica* la cessione. Il fatto che, avveratosi, rende la cessione opponibile ai terzi, può essere o l'intimazione della cessione o l'accettazione di essa da parte del debitore. Statuisce il Codice, che il cessionario non ha diritto verso i terzi se non dopo fatta l'intimazione al debitore della seguìta cessione, ovvero quando il debitore abbia accettata la cessione con atto autentico (articolo 1539).

a) *Intimazione al debitore.* — Nel sistema del Diritto romano, il debitore *certior factus* della cessione (L. 4, Cod. *quae res pignori obligari possunt*) non poteva validamente pagare che al cessionario. Il Diritto romano non stabiliva una forma speciale per la *denuntiatio,* da cui risultava la scienza legale dell'avveratasi cessione. Ma la conoscenza accidentale che il debitore poteva avere della cessione non equivaleva alla *denuntiatio* (1). A questa *denuntiatio* del Diritto romano corrisponde la *intimazione* del nostro Codice (la *signification* del Codice francese). La voce *intimazione* ha un significato tecnico; designa una notificazione che si compie col ministero di un usciere, assicurandosi in tal guisa alla notificazione i vantaggi dell'autenticità, della forza probante e della data certa (2). Ancora: nel caso che il cedente ed il cessionario vogliano nascondere o sottrarre una cessione perfetta rispetto ai terzi coll'intimazione, costoro possono averne una prova suppletiva nel repertorio dell'usciere. E terzi sarebbero ancora i creditori del cessionario, o qualche altro suo avente causa (3). La legge non stabilisce dei termini fatali per la intimazione, come non li stabilisce per l'accettazione autentica da parte del debitore. È dell'interesse del cessionario rendere il suo diritto opponibile ai terzi il più presto possibile (4). Il Codice, risolvendo una quistione agitata nella dottrina antica, dichiara espressamente che la intimazione può essere fatta sì dal ce-

(1) V. Maynz, *Cours de droit romain*, Vol. II, § 189; Bruxelles, 1877.

(2) V. Laurent, *Principes de droit civil,* Vol. XXIV, num. 484.

(3) V. Mirabelli, *Della cessione dei crediti e loro accessori,* num. 5; nella Raccolta *Del diritto dei terzi secondo il Codice civile italiano;* Torino, 1889.

(4) V. Baudry-Lacantinerie, *Précis de droit civil,* Vol. III, numero 625; Paris, 1892.

dente, sì dal cessionario (art. 1540). Nel silenzio dell'atto di cessione, la spesa della intimazione è a carico del cessionario; imperciocchè, giusta l'articolo 1455, le spese degli atti e le altre accessorie alla vendita sono a carico del compratore, salve le particolari convenzioni (1).

b) *Accettazione da parte del debitore.* — L'accettazione da parte del debitore non è efficace rispetto alle altre persone interessate se non quando sia fatta per atto autentico. Ma nei rapporti tra il debitore dall'una parte, e dall'altra il cedente ed il cessionario, si deve ammettere la efficacia della accettazione per atto privato. Ancora: nei rapporti tra queste persone deve ammettersi pure la efficacia di una accettazione semplicemente verbale. Osservò in proposito il Supremo Collegio di Roma: « Se, quando si tratta dell'accettazione del debitore, come mezzo di rendere pubblica ed operativa la cessione in ordine ai terzi in genere, essa non può riguardarsi tale se non sia fatta con atto autentico, come è prescritto nell'articolo 1539, onde sottrarre la loro situazione da qualsiasi possibile incertezza, cui d'altronde potrebbe dar luogo una accettazione per scrittura privata, eventualmente soggetta così al bisogno di una verificazione, come al pericolo di una occultazione, questi motivi più non concorrono in ordine allo stesso debitore ceduto, che colla sua accettazione, comunque fatta, fosse pure anche verbale, si lega sempre egualmente verso il cessionario, riconoscendolo per suo creditore invece del cedente, cui da tal punto non può più pagare. Lo che è implicitamente confermato dall'articolo 1540, quando, riguardo al debitore, vi è detto solo che egli è validamente liberato se ha pagato al cedente prima che questi o il cessionario gli abbia notificato la cessione, senza più far menzione, come nel precedente articolo 1539, dell'accettazione sua con atto autentico, appunto perchè nel caso di accettazione, comunque questa sia fatta ne sorge sempre per lui lo stesso rapporto o vincolo obbligatorio verso il cessionario, che gli impedisce di pagare a qualsiasi altro (2). »

Avuto riguardo al sistema della legge, insegnano gli

(1) V. Giorgi, *Teoria delle obbligazioni nel Diritto moderno italiano,* Vol. VI, num. 65; Firenze, 1883.

(2) Corte di Cassazione di Roma; sentenza dei 16 giugno 1887; nel *Foro italiano*, anno 1887, parte I, pag. 978.

scrittori che quando siansi effettuate nello stesso giorno più intimazioni od accettazioni, esse pongono allo stesso livello tutti i cessionari da cui od a favore de'quali sono state fatte; salvo il caso che dagli atti da cui risultano sia indicata in modo preciso l'ora nella quale hanno avuto luogo, imperciocchè allora la cessione che risulterà essersi prima intimata od accettata dovrà essere preferita alle altre. La prova testimoniale non potrebbe ammettersi per stabilire la priorità: questa, come dianzi si è avvertito, deve risultare in modo preciso dagli atti medesimi d'intimazione o di accettazione.

Dal principio, che il cessionario non ha diritto verso i terzi se non dopo fatta l'intimazione al debitore della seguìta cessione, ovvero quando il debitore abbia accettata la cessione con atto autentico, derivano queste conseguenze enucleate sapientemente dallo Zachariae:

1) Il cedente, fino all'intimazione o alla accettazione della cessione, ha il diritto esclusivo di promuovere tutte le azioni e di esercitare tutti gli atti relativi al credito od alla cosa incorporale in genere, che ha formato oggetto della cessione. Il cessionario, prima dell'adempimento di queste formalità, non può fare che soltanto degli atti conservativi.

2) Il debitore ceduto non può prevalersi della cessione non notificata nè accettata, per ricusare al cedente il pagamento del debito, o per opporgli le eccezioni che egli abbia il diritto di far valere contro il cessionario.

3) Il debitore è validamente liberato se ha pagato al cedente, prima che questi o il cessionario gli abbia notificata la cessione (art. 1540), o prima ch'egli l'abbia accettata. Il debitore può eziandio opporre al cessionario ogni altra causa di estinzione dell'obbligazione e qualunque presunzione di liberazione, da lui acquistata contro il cedente prima della intimazione o dell'accettazione.

4) Il cessionario posteriore di un credito già ceduto, facendo intimare la cessione avvenuta in suo favore, ovvero ottenendo l'accettazione del debitore, può assicurarsi la priorità del credito, ad esclusione del primo cessionario che non abbia ancora adempito all'una od all'altra di tali formalità.

5) I creditori del cedente, fino alla intimazione od all'accettazione della cessione, possono colpire di sequestro presso terzi il credito ceduto. Nondimeno un'intimazione od un'accettazione di cessione, fatta dopo un sequestro presso terzi,

vale come un' opposizione riguardo al sequestrante, e dà al cessionario il diritto di concorrere con costui proporzionalmente. Se poi avessero luogo nuovi sequestri presso terzi dopo questa intimazione od accettazione, essi non darebbero ai nuovi sequestranti alcun diritto sulla quota spettante al cessionario nella ripartizione fatta tra lui ed il primo sequestrante. Ma, come questi sarà tenuto ad ammettere i nuovi sequestranti alla divisione della sua propria porzione, avrà d'altra parte il diritto di reclamare dal cessionario, il quale non è a suo riguardo che un creditore opponente, ciò che importa la differenza in meno tra la somma che riceverà in virtù di tale divisione, e quella che avrebbe ottenuta se l'intero credito fosse stato ripartito tra lui, il cessionario ed i nuovi sequestranti.

Perchè sia chiara quest'ultima conseguenza ricavata dal principio fondamentale stabilito in tema di cessione, crediamo opportuno di richiamare un esempio che in proposito ci presentano gli annotatori dello Zachariae. Un credito di 3000 lire, ceduto a B, viene sequestrato da A, creditore di 1500 lire, prima che il cessionario abbia fatto accettare o notificare la sua cessione. Dopo l'adempimento dell'una o dell'altra di queste formalità, C, creditore pur esso di 1500 lire, interpone un secondo sequestro. Facendo per un momento astrazione da questo secondo sequestro, e dividendo il credito di 3000 lire tra il primo sequestrante ed il cessionario, in proporzione dei loro diritti, B riceverà 2000 lire, ed A 1000 lire. Ma poichè queste 1000 lire debbono ripartirsi tra A e C, A non otterrà definitivamente che 500 lire, mentre ne avrebbe avute 750, se il credito intero fosse stato distribuito fra i tre interessati. Dunque A subirà una perdita di 250 lire, e questa somma gli dovrà essere rilasciata da B. Questa teoria si fonda sulla necessità di armonizzare tre principî egualmente certi, e la cui applicazione isolata porterebbe a conseguenze contrarie all'uno od all'altro dei principî medesimi. Difatto, se l'accettazione o l'intimazione di una cessione deve, sebbene il credito ceduto sia stato già sequestrato, conferire tuttavia alla cessione tutta la sua efficacia rispetto ai creditori, le cui opposizioni sono posteriori, non è meno certo da una parte, che l'accettazione o l'intimazione della cessione non può offendere nè direttamente nè indirettamente i diritti del primo sequestrante, e d'altra parte, che quest'ultimo non

acquista pel fatto della anteriorità delle sue istanze un diritto esclusivo, sul credito sequestrato, alla distribuzione del quale egli deve concorrere proporzionalmente con tutti gli opponenti posteriori. Ove si dividesse l'intero credito fra il primo sequestrante, il cessionario e gli opponenti posteriori, si disconoscerebbero nella cessione gli effetti che deve avere rispetto a questi ultimi. Circoscrivendo la distribuzione da farsi tra i vari opponenti alla somma per cui fu fatto il primo sequestro, si scemerebbe, in favore del cessionario, la porzione dovuta al primo sequestrante. Considerando come non avvenute le opposizioni fatte dopo l'intimazione o l'accettazione della cessione, si offenderebbe il principio che le somme assicurate giuridicamente da uno dei creditori continuano a costituire il pegno di tutti gli altri creditori, fino a che non siano definitivamente acquistate da quel primo, o ad esso attribuite (1).

Il cessionario, per quanto riguarda il credito ceduto, prende il luogo del cedente. Come statuisce espressamente il Codice, la vendita o la cessione di un credito comprende gli accessori del credito stesso, come sarebbero le cauzioni, i privilegi e le ipoteche. Non comprende però le rendite e gli interessi scaduti, salvo che siasi convenuto altrimenti (art. 1541). Il cessionario può ancora esercitare i diritti di cui, in mancanza di pagamento, il cedente poteva avvalersi. Ad esempio, il cessionario del prezzo di una vendita può, in mancanza di pagamento, provocare la risoluzione della vendita, sebbene questo diritto non gli sia stato espressamente ceduto.

III. Obbligazione della garantìa in tema di cessione. — Quegli che aliena a titolo oneroso una cosa corporale è tenuto alla garantìa verso il compratore. Allo stesso modo, in tema di cessione, che è l'alienazione a titolo oneroso di una cosa incorporale, il cedente è tenuto alla garantìa verso il cessionario. Il Codice, sulle orme del Diritto romano, distingue la garantìa della sussistenza del credito (*veritas nominis*), dalla garantìa della solvenza del debitore (*bonitas nominis*). La prima è chiamata dalla dottrina *garantìa di diritto;* la seconda, *garantìa di fatto.* La prima incombe al cedente per autorità della legge; la seconda può essere ef-

(1) V. Aubry e Rau su Zachariae, Vol. I, § 359.

fetto della convenzione. Diremo separatamente dell'una e dell'altra.

A) *Garantìa di diritto.* — Quegli che cede un credito o altro diritto, deve garantirne la sussistenza al tempo della cessione, quantunque questa si faccia senza garantìa (articolo 1542). Nella cessione di un credito, come nella vendita in generale di qualunque cosa, la garantìa di diritto è sempre sottintesa. Il cedente deve garantire al cessionario l'esistenza del credito al tempo della cessione, sebbene nessuna clausola speciale del contratto lo abbia astretto a questa obbligazione. « Si nomen sit distractum, Celsus scribit locupletem debitorem non esse praestandum: *debitorem autem eum esse debere praestari,* nisi aliud convenit. » (L. 4, D. *de hereditate vel actione vendita*). La garantìa di diritto, osserva benissimo il Troplong, nella vendita di un credito è ancora più strettamente obbligatoria che nelle vendite di cose corporali. Il diritto del creditore non è nè visibile, nè palpabile, come lo sono le cose corporali. Il compratore deve di necessità abbandonarsi alla fede del venditore sulla sua esistenza, e quest'ultimo è quindi tenuto più strettamente alla garantìa.

L'articolo 1542 del nostro Codice parla unicamente della *sussistenza* del credito; ma, come osservano Zachariae e Duvergier, sull'articolo 1693 del Codice francese che si serve della parola *existence*, in questa voce vanno compresi e il diritto di proprietà del cedente, e la legittimità del credito, e la sua esistenza propriamente detta. Vi ha dunque luogo a garantìa da parte del cedente, e quando il credito al momento della cessione sia estinto con compensazione, con prescrizione o con qualunque altro modo di liberazione, e quando il titolo da cui esso procede venga ad essere annullato o rescisso, e quando il credito appartenga a tutt'altra persona che al cedente.

La garantìa di diritto si estende agli accessori del credito. Diceva Burgundio: « Praestare debet (il cedente) nomen esse, et quidem sine exceptione: sicut si nomen cum pignoribus distractum sit, probare debet eas res obligatas fuisse (1). » L'ipoteca costituisce un accessorio del credito; se dunque un credito è venduto con una ipoteca sopra immo-

(1) V. Burgundio, *De evictionibus*, Capo XI, num. 12; Bruxellis, 1674.

bili determinati, nel caso che una porzione di questi beni sia libera dall'ipoteca, il cedente sarebbe obbligato a garantire il cessionario, il quale non troverebbe più la sicurtà su cui ha fatto assegnamento, e la cui assenza può compromettere il rimborso del capitale che ha erogato.

La garantìa di diritto obbliga il cedente a restituire al cessionario il prezzo della cessione, ed a risarcirlo dei danni, cioè, a pagargli gli interessi di tal prezzo, le spese dell'atto di cessione, quelle così della domanda principale come della domanda per garantìa; in generale, il cedente deve risarcire il cessionario di qualunque perdita a lui sia derivata per effetto della cessione. Ma il cessionario non può pretendere dal cedente la differenza tra il valore nominale del credito ceduto ed il prezzo della cessione. Osserva in proposito il Troplong: « La non existence doit placer les parties au même état qu'avant la vente. » D'altra parte, nel caso che il cedente abbia garantita la solvenza del debitore, il Codice statuisce, che egli è tenuto soltanto sino alla concorrenza del prezzo che ha riscosso del credito ceduto. Non vi è ragione per decidere altrimenti quando la garantìa ha il suo fondamento sulla inesistenza del credito (1).

Le parti, in tema di cessione, allo stesso modo che in tema di vendita, possono restringere in più angusti confini od anche escludere del tutto l'obbligazione di garantìa imposta dalla legge. Così, il cedente non è tenuto alla garantìa, se ha espressamente venduto il credito come aleatorio, quantunque non litigioso, o quando ha dato notizia al cessionario del pericolo o della incertezza del credito. In questi casi, insegnano concordemente gli scrittori, nessun dolo si può rimproverare al cedente; ed il cessionario deve sottomettersi agli effetti del patto da lui liberamente consentito.

B) Garantìa di fatto. — La garantìa di diritto, e lo abbiamo notato, si limita alla *sussistenza* del credito ceduto, assunta la voce *sussistenza* nel senso indicato dianzi. Il cedente non risponde *ipso jure* della solvenza del debitore: *praestat veritatem*, *non bonitatem nominis*. Ma egli può obbligarsi a questa solvenza del debitore con una clausola speciale del contratto, che genera la cosidetta *garantìa di fatto*. Statuisce in proposito il Codice, che il cedente non è ri-

---

(1) V. Troplong, *De la vente,* num. 945.

sponsabile della solvenza del debitore che quando ne ha assunto l'obbligo, e per la concorrenza soltanto del prezzo che ha riscosso del credito ceduto (art. 1543). Quando il cedente ha promesso la garantìa della solvenza del debitore e nulla fu convenuto sulla durata di tale garantìa, s' intende che l'abbia limitata ad un anno da computarsi dal tempo della cessione del credito, se il termine di questo era già scaduto. Se il credito è pagabile fra un termine non ancora scaduto, l'anno decorre dalla scadenza. Se il credito porta costituzione di una rendita perpetua, la garantìa della solvenza si estingue col decorso di dieci anni dalla data della cessione (articolo 1544).

Il cedente è tenuto sino alla concorrenza del prezzo che ha riscosso del credito ceduto; è questa la disposizione della legge. La vendita di un credito contiene sempre qualche cosa di aleatorio; nella più parte dei casi il cessionario compra ad un prezzo inferiore al valore nominale del titolo che gli è ceduto, imperciocchè si prevede essere quasi certo che il debitore non pagherà mai integralmente questo valore nominale. Di qui promana, che la non solvenza del debitore non deve costituire pel cessionario una ragione per ottenere dal cedente ciò che probabilmente non avrebbe mai avuto dallo stesso debitore. D'altra parte, sarebbe contrario all'equità costringere il cedente a restituire più di quello che ha ricevuto. E, notisi, che quando trattasi di garantìa di fatto, vale a dire, della garantìa della solvenza del debitore, il cessionario non può rivolgersi al cedente per ottenere il risarcimento dei danni che a lui siano derivati da questo fatto. Il cedente è tenuto unicamente alla restituzione del prezzo che ha riscosso del credito ceduto (1).

IV. Norme speciali in tema di vendita di una eredità. — La vendita di una eredità, come la vendita delle altre cose incorporali, è autorizzata dalla legge. In tal caso l'eredità si considera come un diritto indipendente dalle cose particolari che fanno parte di essa. « Hereditas nomen juris est, quod et accessionem et decessionem in se recipit. » (L. 178, § 1, D. *de verborum significatione*). La vendita delle cose particolari che fanno parte dell' eredità è una vendita ordinaria, che è governata dalle regole del diritto comune. Le norme

(1) V. Zachariae, *Cours de droit civil*, Vol. I, § 359.

statuite nell' articolo 1545 del Codice riguardano la vendita dell'eredità, considerata come *nomen juris*.

Quegli che vende un' eredità senza specificarne gli oggetti, non è tenuto a garantire che la propria qualità di erede (art. 1545). Adunque, la garantìa di diritto, quando trattasi della vendita di un'eredità, si restringe a questo, che il venditore deve garantire la propria qualità di erede; in altre parole, il possesso pacifico della eredità considerata come una universalità giuridica. Ma egli non risponde punto della evizione di oggetti particolari, che si ritenevano formar parte dell'eredità, salvo che nella vendita ci sia stata una indicazione specificata di questi oggetti. La regola dianzi enunciata non trova applicazione, quando il venditore ha dichiarato nel contratto che la eredità era *di tale o tal'altra importanza,* e se egli l'ha venduta, non come *nomen juris*, come cosa astratta, contenente dei diritti soggetti ad accrescimento o a diminuzione, ma come oggetto avente un determinato valore: *quanta autem hereditas est*, *nihil interest*, *nisi de substantia ejus affirmaverit venditor* (LL. 14 e 15 *de hereditate vel actione vendita*).

Il venditore deve consegnare al compratore tutto ciò che ha ricevuto dall'eredità, nello stato in cui si trova. « Ut neque amplius, neque minus juris emptor habeat quam apud heredem futurum esset. » (L. 2, D. *Ibidem*). Come statuisce espressamente il Codice, se il venditore aveva già rivolto a proprio profitto i frutti di qualche fondo, o riscosso qualche credito appartenente a tale eredità, o venduti alcuni effetti della medesima, è tenuto a rimborsarne il compratore, qualora non gli abbia espressamente riservati nella vendita (articolo 1545). Avvertono gli scrittori che, in tali vendite, sono frequenti queste riserve; queste riserve che esimono il venditore dall'obbligazione del rimborso.

Il compratore deve dal canto suo rimborsare il venditore di quanto questo ha pagato pei debiti e pesi dell'eredità, e tenergli conto di quanto gli fosse dovuto sulla medesima, qualora non vi sia stipulazione in contrario (art. 1545). È la sanzione della regola lasciataci dal Diritto romano: « Sive ipse venditor dederit aliquid pro hereditate, sive alius pro eo, dum negotium ejus gerit, locus erit ex vendito actioni, dummodo aliquid absit venditori hereditatis. » (L. 2, § 11, D. *Ibidem*). Ancora: « Quum quis debitori suo creditor esse desinit: si

venditit hereditatem, aequissimum videtur emptorem hereditatis vicem heredis obtinere, et idcirco teneri venditori hereditatis. » (L. 2, § 18, D. *Ibidem*). Io aveva un diritto di servitù sul fondo Semproniano appartenente a Pietro. Costui mi chiama erede; io vendo a voi la eredità. Decide il giureconsulto Pomponio, che la servitù deve rivivere a mio profitto (L. 9, D. *communia praediorum*).

La vendita di una eredità non trasferisce nel compratore la qualità ereditaria. Il venditore conserva sempre questa qualità rispetto ai terzi, i quali possono, malgrado la vendita, continuare ad esercitare contro di lui i diritti che ad essi competono. Ancora: la vendita di una quota ereditaria non dà diritto alle cose componenti l'eredità, se non nella proporzione della parte aliquota, per cui le parti han dovuto credere che il venditore era chiamato alla eredità. L'acquirente non può dunque, salvo che ci sia convenzione in contrario, reclamare la parte di un coerede del venditore, a costui devoluta, per diritto di accrescimento, dopo la vendita, o anche prima, ma all'insaputa dei contraenti. Si potrebbe però, secondo le circostanze, ammettere il contrario, ove l'erede, invece di vendere nominativamente la sua porzione ereditaria, avesse venduti tutti i suoi diritti di successione (1).

In altra parte del nostro lavoro ci siamo fermati di proposito intorno all'esame della quistione, se al compratore di una quota ereditaria competa il benefizio del diritto di accrescimento, *an in emptorem hereditatis, transeat jus accrescendi.* A conforto della sentenza negativa, che abbiamo dianzi enunciata, vogliamo aggiungere l'autorità di due eminenti interpreti del Diritto romano. Osserva il Vinnio: « Cardo totius hujus quaestionis in eo potissimum vertitur, an hoc inter contrahentes actum intelligi debeat, ut etiam commodum hoc accretionis ad emtorem transiret; utique enim si hoc actum non sit, non transibit, cum actus agentium non extendantur ultra eorum intentionem. Jam vero non est credibile, de eo cogitatum aut inter contrahentes actum esse, quod an ad venditorem perventurum aliquando esset, et venditor et emtor ignorabant; sed non nisi pars jam actu quaesita vendita censeri debet, nec alia, quam illa ipsa et sola, ex qua heres institutus venditor fuit, et quam aditione acquisivit;

(1) V. Zachariae, *Cours de droit civil,* Vol. I, § 359

id, inquam solum, quod tempore venditionis jam heredi competebat. Et quaeso, cum pretium rei venditae aequa proportione constitui soleat, an non absurdum et iniquum videri debet, si heres sextante aut quadrante, ex quo institutus est, vendito, idque pretio valori rei respondenti, cogeretur partem longe majorem, et forte triplo aut quadruplo accrescentem, postea ad emtorem transferre (1)? » E lo Zoesio, propostasi la quistione, *an emptorem hereditatis sequatur pars alterius cohaeredis deficientis, quasi jure accrescendi*, la risolve pure negativamente. Questa parte compete all'erede, il quale « per venditionem haereditatis non desiit esse haeres; apud quem portio remansit virtualiter (2). » E questa dottrina è accolta dai più autorevoli espositori del Diritto moderno.

V. Cessione di un diritto litigioso — Il Codice italiano, sulle orme del Codice francese, riconosce espressamente l'instituto del *retratto litigioso*. Noi, prima di procedere all'esame dommatico del sistema del Codice, crediamo opportuno di arrestarci intorno ad alcune considerazioni generali sulla ragione che ha consigliato il nostro legislatore ad ammettere il retratto a favore del debitore, nel caso di cessione di un diritto litigioso; vale a dire, come dichiara espressamente il Codice, di un diritto la cui sussistenza sia giudizialmente contestata.

1) *Fondamento razionale del retratto litigioso.* — Abbiamo osservato che il nostro Codice seguiva l'esempio del Codice francese nell'ammettere l'instituto del retratto litigioso. Il Laurent, nell'esame di questo Codice, a tal riguardo crede censurabile l'ordinamento della legge. Perchè il Codice, egli dice, permette di togliere al cessionario un diritto, che a lui deriva dal contratto, e che costituisce la sua proprietà? Qui si ravvisa una vera espropriazione; ma, nel nostro sistema costituzionale, la espropriazione non può aver luogo che per causa di pubblica utilità. Il Portalis così giustificava l'ordinamento della legge: « Nous avons cru devoir conserver une faculté que la raison et l'humanité justifient; l'humanité plaide pour le débiteur, contre ces hommes avi-

(1) V. Vinnio, *Quaestiones selectae*, Lib. I, Cap. LV; Lugduni, 1747.

(2) V. Zoesio, *Comm. in Codicem*, Lib. IV, tit. XXXIX; Venetiis, 1757.

des du bien d'autrui, qui achétent des procès pour vexer le tiers ou pour s' enrichir à ses dépens. » Si può rispondere, osserva il Laurent, che gli uomini agiscono per interesse molto più che per passione, e che se il creditore vende a prezzo tenue un diritto litigioso, ciò si avvera perchè vi è un rischio di perdita che il cessionario consente a correre. La sola ragione che si possa assegnare per giustificare il retratto è questa, che esso mette termine ad una contestazione. È certo un grande benefizio, ma esso non deve comprarsi violando un diritto; ora la legge viola il diritto di proprietà del cessionario. Indarno si dice, ripetendo le parole del Bigot-Préameneu al Consiglio di Stato, che il retratto soddisfa tutti gli interessi, e che specialmente il cessionario non ha diritto di lamentarsi, imperciocchè, per quanto sfavorevole gli possa riuscire, egli sempre ricupera ciò che ha pagato. « Cela n'est pas exact, soggiunge il Laurent; j' ai le droit de me plaindre quand on me prive de ma propriété, ne fût-ce que d'une chance de bénéfice, car spéculer est aussi un droit (1). » Certo, quando si ha riguardo ai principii rigorosi del Diritto, non è possibile rispondere convenientemente alla critica del Laurent. Ma *summum jus, summa injuria.* La esperienza, che deve essere ritenuta il miglior criterio per giudicare della bontà di una legge, ha dimostrato altamente provvido il sistema del Codice francese e del Codice italiano; che non violavano il diritto del cessionario, imperciocchè imponevano il rimborso non solo del prezzo reale della cessione, ma eziandio delle spese e dei legittimi pagamenti, cogli interessi dal giorno in cui si è pagato il prezzo della cessione. La espressione del Laurent, *violazione di un diritto*, ci sembra quindi arrischiata; ma, ripetiamo l'osservazione dianzi fatta, che la censura dell' illustre scrittore non può essere combattuta, quando si voglia tener conto solo dei dettami rigorosi del Diritto.

2) *Nozione del diritto litigioso.* — Il diritto si ritiene per litigioso, quando la sussistenza di esso già sia giudizialmente contestata (art. 1547). Non basta dunque, perchè un diritto si possa dire litigioso, che siavi possibilità di una contestazione sulla sussistenza del diritto ceduto. La legge richiede che la lite siasi iniziata. « Litigiosa res est de cuius dominio

(1) V. Laurent, *Principes de droit civil,* Vol. XXIV, num. 581.

causa movetur inter possessorem et petitorem, judiciaria conventione. » (Authent. ad L. 1, Cod. *de litigiosis*). D'altra parte la controversia deve agitarsi intorno alla *sussistenza* del diritto; come dicono gli scrittori francesi, sulle orme del Codice Napoleone, *sur le fond du droit* (1).

Per l'ammissibilità del retratto litigioso, è necessario che non solo esista la lite al tempo della cessione, ma eziandio che la lite non sia terminata quando il riscatto è domandato. Notò in proposito il Supremo Collegio di Torino: « È ovvio che, ove la lite più non esistesse, si verrebbe allora ad ammettere il riscatto di un diritto divenuto certo, contro il voto della legge; inquantochè non potrebbe più essere il caso di troncare una lite che già ebbe il suo termine (2). » A maggior ragione non si può ammettere il retratto, quando, al tempo della cessione, vi ha, sul diritto ceduto, una decisione giudiziale che ha acquistata la forza della cosa giudicata. « En ce cas, osserva benissimo un espositore del Codice francese, il y a eu procès, mais il n'y a plus procès (3). » E quindi sarebbe strano domandare il riscatto.

Cesare Ursillo, in una delle sue note alle *Decisioni* raccolte da Matteo de Afflictis, esamina la quistione: *perempta instantia an cesset vitium litigiosi*. Bartolo (sulla L. 1, Cod. *de longi temporis praescriptione*) *videtur concludere quod non*. Ma il Sacro Regio Consiglio napoletano *determinavit oppositum* (4). In proposito decise il Supremo Collegio di Torino, che non può ammettersi il retratto litigioso, se il giudizio non era *pendente* al tempo in cui avvenne la cessione del diritto. Tale non può dirsi il giudizio che a quel tempo era già caduto in perenzione, sebbene questa non fosse stata nè opposta dalle parti, nè pronunziata dal giudice. « La perenzione, essendo fondata sopra una presunzione *juris et de jure* di tacito abbandono, estingue l'istanza, scioglie ed annulla il procedimento, per modo che l'una e l'altro si reputano giu-

(1) V. Troplong, *De la vente*, num. 986.

(2) Corte di Cassazione di Torino; sentenza dei 5 gennaio 1872; negli *Annali della giurisprudenza italiana*, anno 1872, parte I, pag. 199.

(3) V. Baudry-Lacantinerie, *Précis de droit civil*, Vol. III, numero 647; Paris, 1892.

(4) V. De Afflictis, *Decisiones Sacri Regii Consilii Neapolitani*, num. CCCLXVI; Venetiis, 1635.

ridicamente non avvenuti. Il che verificandosi, deve altresì necessariamente scomparire la contestazione che siasi fatta pel merito del diritto. La perenzione, verificandosi di diritto, è produttiva *ipso jure* di tutti gli effetti che dalla estinzione della istanza possono derivare, senza bisogno di previa dichiarazione del giudice (1). »

3) *Genesi storica e contenuto del retratto litigioso.*—Nel sistema romano non poteva vendersi un diritto litigioso. Non ostante la vendita, la lite si proseguiva tra il debitore e l'antico creditore. « Tanquam si nihil factum sit, lite peragenda. » (L. 2, Cod. *de litigiosis*). Il Codice nostro, sulle orme del francese, ha tolto il divieto statuito nelle leggi romane; ma ha applicato alla vendita di un diritto litigioso la disposizione racchiusa nella celebre Costituzione *Per diversas* dell'imp. Anastasio; in virtù della quale si permetteva al debitore di un credito venduto ad un terzo di ricomprarlo pagando il prezzo realmente sborsato. « Per diversas interpellationes ad nos factas, comperimus quosdam alienis rebus fortunisque inhiantes, cessiones aliis competentium actionum in semet exponi properare; hocque modo diversis personas litigatorum vexationibus afficere. » (L. 22, Cod. *mandati vel contra*). L'imp. Anastasio assimila ai compratori di liti coloro che acquistano dei crediti, sebbene questi non siano ancora contestati *(redemptores litium alienarum videri eos esse, qui tales cessiones in se confici cupiunt)*. E ravvisando in tali compre dei mezzi per vessare i debitori, vuole che costoro possano liberarsi pagando ai compratori, non già il prezzo fittizio che è indicato nel contratto, ma la somma realmente sborsata *(usque ad ipsam tantummodo solutarum pecuniarum quantitatem et usurarum ejus)*. L' imp. Giustiniano chiama *giustissima* la Costituzione di Anastasio: « Ab Anastasio divae memoriae Principe justissima constitutio conscripta est tam humanitatis, quam benevolentiae plena. » (L. 23, Cod. *mandati vel contra*). Osserva il Maynz, che, sotto l'impero, il traffico dei crediti era divenuto un mestiere lucrativo, e le costituzioni imperiali si proposero di prevenire gli abusi che ne risultavano (2). Il Diritto moderno, come abbiamo prece-

(1) Corte di Cassazione di Torino; sentenza dei 12 agosto 1887; nella *Giurisprudenza* di Torino, anno 1887, pag. 707.

(2) V. Maynz, *Cours de Droit romain*, Vol. II, § 187; Bruxelles, 1877.

dentemente avvertito, stabiliva che alla cessione di un diritto litigioso fosse applicabile la *lex Anastasiana*, emanata in generale per la cessione di qualunque diritto. Quegli contro cui fu da altri ceduto un diritto litigioso, può farsi liberare dal cessionario, rimborsandolo del prezzo reale della cessione colle spese e coi legittimi pagamenti, e cogli interessi dal giorno in cui il cessionario ha pagato il prezzo della cessione (articolo 1546). Il Codice, diremo col Mourlon, tratta con rigore quei pericolosi speculatori, che vogliono acquistare mercè cavillosi raggiri quel patrimonio che deve essere frutto di un lavoro onorato (1). È un ordinamento statuito *adversus ergolabos, sive litium redemptores, vel qui improbe coeunt in alienam litem;* per servirci del linguaggio degli imperatori romani.

4) *Casi nei quali non si ammette il retratto litigioso.* — Il Codice enuncia tre casi nei quali non è consentito al debitore di domandare il retratto; ai tre casi enunciati dal Codice, la scuola è concorde nel riconoscere che se ne debbono aggiungere altri due. Di qui promana che si debbono distinguere cinque casi nei quali non può trovare applicazione l'instituto del retratto.

Primo caso. — Se la cessione fu fatta ad un coerede o comproprietario del diritto ceduto (art. 1548, num. 1.°). Tale fu pure la decisione dell'imp. Anastasio: « Exceptis scilicet cessionibus quas inter coheredes pro actionibus hereditariis fieri contingit. » (L. 22, Cod. *mandati vel contra*).

Secondo caso. — Se la cessione fu fatta ad un creditore in pagamento di quanto gli è dovuto (art. 1548, num. 2.°). Questa seconda eccezione, che si trova pure nella Costituzione dell' imp. Anastasio, si spiega agevolmente. Allorchè un creditore, in pagamento di ciò che a lui è dovuto, si fa cedere un diritto litigioso, non può presumersi che egli si proponga, come scopo del contratto, la vessazione del debitore. Egli non fa, come ben dice il Troplong, che provvedere alla conservazione dei suoi interessi, e prendere da un cattivo pagatore ciò che gli dà qualche speranza di essere rimborsato.

Terzo caso. — Se la cessione fu fatta al possessore del fondo soggetto al diritto litigioso (art. 1548, num. 3.°). Anche questa eccezione è mutuata dalla Costituzione di Anastasio:

(1) V. Mourlon, *Répétitions écrites*, sull' art. 1699 del Codice francese.

« Exceptis his, quascumque, vel creditor, vel is, qui res alienas possidet, pro debito, seu rerum apud se constitutarum munimine ac tuitione accepit. » (L. 22, Cod. *mandati vel contra*). Ciò che legittima la cessione agli occhi del legislatore, è lo scopo che si propone di conseguire il cessionario; egli vuole consolidare il suo diritto sull'immobile di cui ha il possesso (1). Il Laurent adduce questo esempio, che ricava dal Pothier. Il possessore di un fondo è convenuto da un preteso creditore ipotecario del venditore; egli compra il credito, per conservare il possesso del fondo. Poichè questa cessione ha una giusta causa, il cessionario potrebbe, nel caso che sia convenuto da creditori posteriori, farla valere contro di essi in tutta la sua estensione (2). Altri esempi adduce il Troplong. Io posseggo un fondo che appartiene ad altri. Per mantenermi in questo possesso, mi fo cedere un diritto di enfiteusi, di superficie o di locazione che è litigioso fra il proprietario ed un terzo. In tal caso non si può sperimentare il retratto. Ancora: io sono creditore ipotecario, ed il debitore mi ha rimesso, a titolo di anticresi, un immobile, la proprietà del quale gli è contestata da Giacomo. Se compro dal mio debitore il diritto di proprietà, Giacomo non potrà avvalersi del retratto; imperciocchè io ho comprata *rem mihi necessariam*. Io non mi sono sostituito al mio debitore se non per farmi mantenere nei miei diritti creditorî, che sarebbero stati sacrificati se avessi lasciato Giacomo trionfare nell' azione di rivendicazione che egli esercitava (3).

Quarto caso. — Se la cessione ha luogo a titolo gratuito. È detto nella Costituzione dell' imp. Anastasio: « Si autem per donationem cessio facta est, sciant omnes hujusmodi legi locum non esse. » Non sarebbe possibile a tale cessione applicare il retratto. E, veramente, il retratto è sempre subordinato al pagamento del prezzo della cessione. Ora, nella ipotesi dianzi figurata, non vi è prezzo. E sarebbe strano che il debitore possa liberarsi non pagando alcun prezzo al cessionario.

Quinto caso. — Se il diritto litigioso è l'accessorio o la

(1) V. Baudry-Lacantinerie, *Précis de droit civil*, Vol. III, numero 652; Paris, 1892.

(2) V. Laurent, *Principes de droit civil*, Vol. XXIV, num. 609.

(3) V. Troplong, *De la vente*, num. 1008.

conseguenza di un diritto principale, che non è litigioso. Ad esempio, Tizio vende il fondo Semproniano coi crediti che egli vanta contro gli affittuari del medesimo. Se alcuni tra questi crediti sono litigiosi, non può dirsi certamente che il compratore li abbia acquistati *animo vexandi*. L'acquisto dei crediti deve allora considerarsi come un accessorio, una conseguenza dell'acquisto del fondo; il venditore si è spogliato di tutti i diritti che a lui competevano, in favore del compratore; il quale, in forza della vendita, gli è sostituito nello sperimento di essi.

Statuisce l'articolo 43 del vigente Codice di commercio: « Nel caso di cessione di un diritto derivante da atto commerciale non ha luogo il retratto litigioso indicato negli articoli 1546, 1547 e 1548 del Codice civile. » E ciò perchè, come fu dichiarato nella *Relazione ministeriale*: « l'alea è propria degli affari commerciali, e chi acquista il diritto ad una certa somma ha da poterla anche effettivamente riscuotere, senza che il debitore possa ricusargliene una parte. Tanto più che, pur davanti al Codice civile, codesto del retratto litigioso è un istituto da molti biasimato, come quello che fa incerto e precario il diritto, ne paralizza la libera disponibilità, e quindi crea impacci ed ostacoli che, massime in materia commerciale, possono rallentarne e diminuirne le operazioni (1). »

148. Della permuta.

BIBLIOGRAFIA. — 1.° Gomez, *De rerum permutatione* (Lugduni, 1575);— 2.° Maulius, *De permutatione* (Francofurti, 1633),—3.° Schwendendoerffer, *Dissertatio de permutatione* (Lipsiae, 1655);—4.° Lütkens, *Dissertatio de permutatione* (Heidelb. 1658);—5.° Chunonis, *De permutatione* (Heidelb. 1658); — 6.° Streit, *De permutatione* (Erford, 1735); — 7.° Ernst, *De permutatione* (Mog. 1740); — 8.° Pacifici-Mazzoni, *Della permuta* (Firenze, 1882);—9.° De Bella, *Della permuta* (Torino, 1890);—10.° Cuturi, *Della permuta* (Napoli, 1891).

Plinio, scrivendo in un'età nella quale la corruzione pro-

(1) V. Vidari, *Corso di Diritto commerciale*, Vol. III, num. 1965; Milano, 1889.

dotta dall'oro, frutto delle immense conquiste romane, incominciava a scalzare le fondamenta di quell'edifizio colossale che dovea cadere all'urto dei Barbari del settentrione, lamentava non senza ragione i danni presenti, e correva col pensiero ad una età più felice, nella quale, in mancanza di moneta, le cose si scambiavano colle cose: « Quantum feliciore aevo, cum res ipsae permutabantur inter se, sicut et trojanis temporibus factitatum Homero credi convenit (1). » Se noi interroghiamo le leggende dell' età di mezzo, troviamo che nella domenica e negli altri giorni di festa, innanzi alla porta della chiesa o del monastero, i frutti della terra ed i parti degli animali sono permutati con i prodotti d'una industria grossolana. L' artigiano riceve dall' agricoltore il prezzo in natura della sua mano d' opera; l' agricoltore è vestito dall'operaio ch'egli alimenta. Ben è vero che si compiono alcune vendite; ma si è molto sobri su questo punto: il danaro è scarso, lo si conserva per pagare i censi feudali ed i canoni enfiteutici, per offrire alla chiesa qualche pio donativo, per ottenere, in caso di calamità, delle preghiere e delle indulgenze (2).

Nel sistema romano la *permutatio* costituiva la specie più importante dei contratti innominati *do ut des* (3). Nell'antico Diritto italiano, la permuta era designata con diversi nomi: *cambium, viganeum, vegareum, vegasatio* (4). Ai tempi nostri la permuta è uno dei contratti a cui meno frequentemente si fa ricorso.

Il Codice francese, nell' articolo 1702, così definisce la permuta: « un contrat par lequel les parties se donnent respectivement une chose pour une autre. » Questa definizione non è esatta. Presa alla lettera ed a rigore, essa importa questo concetto, che è dell'*essenza* della permuta di operare, sino dalla formazione del contratto e per la sola sua forza, una duplice *datio*, vale a dire, un duplice *trasferimento di*

---

(1) V. Plinio, *Historia naturalis*, Lib. XXXIII, Cap. III; Augustae Taurinorum, 1831.

(2) V. Troplong, *Échange*, Préface; Paris, 1856.

(3) V. Maynz, *Cours de Droit romain*, Vol. II, § 244; Bruxelles, 1877.

(4) V. Pertile, *Storia del Diritto italiano*, Vol. IV, § 156; Padova, 1874.

proprietà; e che perciò non esiste permuta, quando non è per sè stessa traslativa di proprietà, da canto di ciascuno dei contraenti. Ora, in tema di permuta, se questo fatto si avvera *ordinariamente,* si deve pur riconoscere che non si avvera *sempre.* Allo stesso modo che la vendita può talvolta non essere traslativa di proprietà, così la permuta può talvolta essere semplicemente *produttiva di una obbligazione;* ad esempio, quando da una delle parti o da ambedue si sono promesse delle cose non determinate individualmente (1). Il Marcadé ha cercato con lungo studio di difendere la definizione del Codice francese; ma la sua difesa non è convincente (2). Il Laurent, accennando a questa difesa, non ha potuto astenersi da un severo, ma giusto giudizio in rapporto al Marcadé: « Un auteur qui aime beaucoup à critiquer, tantôt le code, tantôt les auteurs, a pris ici le parti du code contre les critiques. Nous croyons inutile d'entrer dans ce débat; il a été prouvé que celui qui accuse tout le monde d'erreur s'est lui-même trompé (3). » Il Baudry-Lacantinerie propone che la definizione del Codice sia così modificata: la permuta è un contratto con cui le parti *si dànno o si obbligano di dare* rispettivamente una cosa per un'altra (4).

Il Codice italiano così definisce la permuta: « un contratto, con cui ciascuna delle parti si obbliga di dare una cosa per averne un'altra. » La definizione del nostro Codice è pure censurabile; e si deve censurare per una ragione opposta a quella che ha consigliato gli espositori del Codice francese a biasimare la locuzione della legge. Dicendosi, che, in forza della permuta, ciascuna delle parti *si obbliga di dare* una cosa per averne un'altra, si accenna soltanto all'ipotesi in cui oggetto della permuta è una cosa determinata solo in rapporto alla specie; ma non si tiene conto della ipotesi, che è l'ordinaria, in cui oggetto della permuta è un corpo certo e determinato. In questa ipotesi, poichè la permuta si effettua col solo consenso, come è detto espressamente nell'art. 1550,

---

(1) V. Mourlon, *Répétitions écrites,* sull'articolo 1702 del Codice francese.

(2) V. Marcadé, *Explication du Code civil,* sull'art. 1702 num. II.

(3) V. Laurent, *Principes de droit civil,* Vol. XXIV, num. 611.

(4) V. Baudry-Lacantinerie, *Précis de droit civil,* Vol. III, num. 653; Paris, 1892.

in virtù del consenso legittimamente manifestato, ciascuno dei contraenti perde la proprietà della cosa che dà, ed acquista quella della cosa che riceve. Adunque l'obbligazione di dare una cosa per riceverne un'altra, obbligazione cui si accenna dal Codice, non può intendersi nel senso che ciascuna delle parti si obbliga a trasferire all'altra la proprietà della cosa data in permuta, essendochè questo trasferimento si è già verificato per solo effetto del consenso; ma nel senso che ciascuna di esse è tenuta alle obbligazioni derivanti dal fatto volontario del trasferimento di proprietà (1).

Ordinariamente le cose che formano oggetto del contratto di permuta sono della medesima specie *(species pro specie)*; ma nulla vieta che si permuti una cosa di una specie con un'altra di specie diversa. Ad esempio, io posso permutare il fondo Semproniano con un quadro di Raffaello o di altro celebre artista. Questo contratto si dirà senza dubbio permuta, e non vendita: *emptio fit pretio, permutatio fit rebus*. La stima data alle cose permutate non toglie al contratto il carattere di permuta (2). E qui vogliamo riferire il testo del paragrafo 1046 del Codice austriaco: « Il danaro non è oggetto del contratto di permuta. Nulladimeno l'oro e l'argento come merce, ed anche l'oro e l'argento in moneta può essere oggetto di permuta in quanto si cambino monete con altre, come monete d'oro con monete d'argento, monete minori con altre di maggior valore. » Ma dalla permuta propriamente tale si deve distinguere la convenzione colla quale due persone si scambiano l'uso di alcune loro cose: come se ti dia l'uso dei miei cavalli per l'uso dei tuoi bovi; giacchè non vi ha trasmissione di proprietà. Essa è un contratto innominato *do ut des*, un contratto che, per quanto il soggetto lo comporta, ha per tipo la permuta (3).

La permuta si effettua mediante il solo consenso, come la vendita (art. 1550). È questa una delle differenze in tema di permuta tra il sistema del Diritto romano e quello del Diritto moderno. Giusta i principî del Diritto romano, la vendita era un contratto consensuale, cioè formavasi col solo

(1) V. Ricci, *Corso teorico pratico di Diritto civile*, Vol. VIII, numero 2.

(2) V. Aubry e Rau su Zachariae, Vol. I, § 360.

(3) V. Pacifici-Mazzoni, *Della permuta*, num. 3; Firenze, 1882.

consenso; invece la permuta, che non aveva un nome legittimo nel vocabolario del diritto civile privilegiato, non si formava che mediante la tradizione. La sola convenzione di cedersi reciprocamente due cose in natura veniva considerata come un semplice patto; in altre parole, non era obbligatoria.

Se uno dei permutanti ha già ricevuta la cosa datagli in permuta, e prova in sèguito che l'altro contraente non è proprietario della stessa cosa, non può essere costretto a consegnare quella che egli ha promesso di dare, ma solamente a restituire la cosa ricevuta (art. 1551). Nel contratto di permuta, ciascuna delle parti contrae l'obbligazione precisa di rendere l'altra proprietaria della cosa datagli in permuta; essa viola la promessa se non fa che consegnare la cosa che appartiene ad altri. In tema di vendita, il compratore, il quale ha la certezza che la cosa venduta non appartiene al venditore, può far risolvere il contratto e negarsi al pagamento del prezzo. In tema di permuta, quando si provi da uno dei permutanti che la cosa ricevuta in permuta non appartiene all'altro contraente, quegli che l'ha ricevuta può essere costretto a restituirla, ma non è tenuto a consegnare quella che ha promessa. Vuolsi però notare col Troplong, che, nel caso di permuta, come in quello di vendita, l'azione di risoluzione del contratto è subordinata alla prova che la cosa appartiene ad altri. In mancanza di questa prova, quando non vi sia che una semplice molestia da parte del terzo, del cui diritto si dubita, il compermutante dovrebbe limitarsi a sospendere la consegna che deve fare, fino a che l'altro contraente non abbia fatto cessare la molestia. L'articolo 1510 è il supplemento naturale dell'articolo 1551, il quale non prevede se non il caso in cui si provi che la cosa appartiene ad altri (1).

Il permutante, il quale ha sofferto l'evizione della cosa ricevuta in permuta, può a sua scelta domandare il risarcimento dei danni o ripetere la cosa data (art. 1552). Ma anche quando egli prescelga la seconda azione, vale a dire quando preferisca di ripetere la cosa data, può domandare i legittimi pagamenti fatti pel contratto, i frutti quando sia obbligato a restituirli al proprietario che ha rivendicato la cosa, ed in generale il risarcimento dei danni, giusta le norme che il Codice statuisce nell'articolo 1486, in tema di vendita. Ciò

(1) V. Troplong, *Échange*, num. 21.

non è punto in contraddizione col primo membro dell'alternativa dell'articolo 1552; imperciocchè i danni da noi accennati, riferendoci all'articolo 1486, non sono che un accessorio del tutto distinto dalla clausola principale di cui il permutante domanda la risoluzione. Nel primo membro dell'articolo 1552, al contrario, i danni rappresentano il valore della cosa stessa, che il permutante non vuol ripetere in natura; rappresentano, come ben dice il Troplong, la conversione della cosa nel prezzo della medesima.

Nei casi di risoluzione precedentemente enunciati (articoli 1551 e 1552), rimangono salvi i diritti acquistati dai terzi sugli immobili prima della trascrizione della domanda di risoluzione (art. 1553). Nel Diritto romano è celebre una Costituzione degli imp. Diocleziano e Massimiano, così concepita: « Contra emptorem quidem te nullam habere actionem perspicis, cum ab eo susceperit dominium cui te tradidisse titulo permutationis non negas. » (L. 4, Cod. *de rerum permutatione*). Gli espositori del Codice francese agitano, con molta discordanza di opinioni, la quistione che il nostro legislatore ha risoluta, facendo omaggio ai principî di civile economia e d'interesse pubblico che informano il Codice italiano.

La rescissione per causa di lesione non ha luogo nel contratto di permuta (art. 1554). E per due ragioni. La prima è questa, che la permuta non è giammai il risultamento del bisogno. Se il permutante fosse angustiato *inopia rei familiaris,* egli, non alla permuta, ma alla vendita farebbe ricorso. La seconda ragione sta in ciò, che, in tema di permuta, ciascuno dei contraenti è nel medesimo tempo venditore e compratore. La confusione di queste due qualità rende la rescissione impossibile. E, veramente, il favore che il permutante reclamerebbe come venditore, gli dovrebbe essere rifiutato avuto riguardo alla sua qualità di compratore (1). Nondimeno, statuisce opportunamente il capoverso dell'articolo 1554, se si è convenuto a carico di uno dei permutanti un rifacimento in danaro che supera il valore dell'immobile da lui dato in permuta, tale contratto si considera come una vendita, e l'azione di rescissione spetta a chi ha ricevuto il rifacimento.

Le altre regole stabilite pel contratto di vendita si ap-

---

(1) V. Laurent, *Principes de droit civil,* Vol. XXIV, num. 613.

plicano anche alla permuta (art. 1555). In applicazione di queste regole cui rimanda il Codice, deve dirsi che il contratto di permuta, quando ha per oggetto beni immobili, deve risultare da atto pubblico o scrittura privata, sotto pena di nullità (art. 1314, num. 1.°); e deve essere trascritto, perchè abbia effetto riguardo ai terzi (art. 1932 e 1942). Ciascuno dei permutanti ha ipoteca legale sopra gli immobili che dà, per l'adempimento degli obblighi derivanti dal contratto, e specialmente per garantìa del rifacimento in danaro dovutogli dall'altro permutante (art. 1969, num. 1.°). Il permutante, il quale chiede all'altro permutante l'adempimento del contratto, deve provare di averlo egli stesso esattamente eseguito, cioè di aver consegnato la cosa data in permuta. Parimente, in tema di permuta, allo stesso modo che in tema di vendita, si fa luogo alla garantìa pei vizi e difetti occulti della cosa data in permuta, colle stesse norme e cogli stessi effetti che il Codice determina per la vendita. Ma alla permuta non può applicarsi la disposizione dell'articolo 1455, in forza della quale le spese degli atti e le altre accessorie al contratto sono a carico del compratore. Le spese della permuta sono a carico comune dei permutanti; imperciocchè ciascuno di essi nel medesimo tempo è venditore e compratore. Ma è a carico esclusivo di uno dei permutanti quella spesa che riguarda il suo particolare interesse. Ad esempio, avuto riguardo alla disposizione dell'articolo 2000, se tu mi devi un rifacimento in danaro od hai assunto altre obbligazioni in corrispettivo dell'eccedenza del valore dell'immobile mio sul tuo, la spesa per la iscrizione dell'ipoteca legale sarà a tuo carico esclusivo (1).

149. Dell'enfiteusi.

BIBLIOGRAFIA. — 1.° Bronchorst, *De jure emphyteutico* (Lugduni-Batavorum, 1596); — 2.° Heine, *De jure emphyteutico* (Rostochii, 1601); — 3.° Burckhard, *De jure emphyteuseos* (Basil. 1625); — 4.° Miltiz, *De jure emphyteutico* (Argentorati, 1643); — 5.° Fulginei, *De jure emphyteutico* (Genevae, 1665); — 6.° Madhin, *De vera indole agrorum vectigalium secundum juris romani doctrinam* (Berol. 1773); —

(1) V. Pacifici-Mazzoni, *Della permuta*, num. 5 e 6; Firenze, 1882.

7.° Lang, *Comm. de dominii utilis natura, indole et historia, ejusque in jure romano et germanico vestigiis* (Goett. 1793);—8.° Kluppel, *De jure emphyteutico* (Groening. 1807); — 9.° Vuy, *De originibus et natura juris emphyteutici Romanorum* (Heidelb. 1838);—10.° Pepin le Halleur, *Histoire de l' emphytèose* (Paris, 1843); — 11.° Duscio e Vecchio, *Della enfiteusi* (Catania, 1845-47); — 12.° Borsari, *Il contratto d' enfiteusi* (Ferrara, 1850); — 13.° Fauche, *De l'emphytèose* (Paris, 1865); — 14.° Lattes, *Studi storici sopra il contratto d'enfiteusi nelle sue relazioni col colonato, ossia dell'influenza del contratto enfiteutico sopra i progressi degli agricoltori specialmente in Italia* (Torino, 1868);—15.° Geoffray, *De l'emphytèose* (Paris, 1875);—16.° De Crescenzio, *Della indivisibilità del canone enfiteutico secondo l'antico e il nuovo Diritto* (nel *Filangieri,* Vol. I, anno 1876); — 17.° Leloir, *De l' emphytèose* (Paris, 1878); — 18.° Fulci, *La indivisibilità del canone enfiteutico* (nella *Gazzetta dei tribunali,* anno XXIX, num. 2920; 4 maggio 1878);—19.° Morise, *De l'emphytèose* (Paris, 1879);—20.° Fulci, *Della enfiteusi* (Firenze, 1879);—21.° Manduca, *L'enfiteusi ed il diritto di devoluzione per il mancato pagamento biennale dell' annuo canone* (nel *Filangieri*, settembre 1879); — 22.° Colamarino, *Del contratto di enfiteusi* (Napoli, 1879); — 23.° Piazzi, *Di alcune importanti questioni sull' articolo 1560 del Codice civile italiano* (nell'*Archivio giuridico,* Vol. XXIII, anno 1879);—24.° Natoli, *Se l'articolo 1560 Codice civile, che prevede il caso della distruzione totale e parziale del fondo enfiteutico, comprenda la perdita parziale degli alberi; e se l' enfiteuta possa pretendere la diminuzione del canone, ove nel caso di distruzione parziale la parte che resta sia sufficiente per pagare interamente il canone* (nella *Gazzetta dei tribunali*, anno XXIX, num. 2960; 22 genn. 1879);—25.° Madonia, *Sull' enfiteusi: studi di storia e di giurisprudenza* (Palermo, 1881); — 26.° Pacifici-Mazzoni, *Della enfiteusi* (Firenze, 1882);—27.° Fulci, *Se abbia effetto retroattivo l'articolo 1562 del Codice civile italiano, col quale è facoltato l'enfiteuta a disporre liberamente del fondo enfiteutico* (nel *Giornale delle leggi*, anno XIII, num. 37);—28.° Tocilesco, *Étude historique et juridique sur l'emphytèose* (Paris, 1883);—29.° Lomonaco, *L'enfiteusi nel Codice civile italiano* (App. alla traduz. dei *Principes de droit civil* del Laurent, Napoli, 1883); — 30.° Jousset, *De l' emphytèose en Droit romain, sous l'ancien Droit et sous l'empire du Code civil* (Paris, 1885); — 31.° Doria, *Del diritto d'affrancamento e della sua prevalenza a quello di prelazione* (nella *Gazzetta del procuratore*,

anno XX, pag. 37 e seg.); — 32.° Agnello, *Enfiteusi: divisibilità e indivisibilità del canone* (Udine, 1887);—33.° Cogliolo, *Le sorti del canone enfiteutico dopo l'alienazione del fondo* (nell'*Archivio giuridico,* Vol. XXXIX, anno 1887); — 34.° Gabba, *Studi sul diritto enfiteutico: l'enfiteuta che aliena* irrequisito domino *lo stabile obnoxio si libera dall' obbligo del canone verso il domino diretto* (Torino, 1888); — 35.° Simoncelli, *L'indole economica del contratto d'enfiteusi del Codice civile italiano* (nell'*Archivio giuridico,* Vol. XL, anno 1888); — 36.° Pisani-Ceraolo, *L'enfiteusi come fu, come è, e come dovrebbe essere* (Messina, 1888); — 37.° Mirabelli, *Delle garentie del dominio diretto secondo il Codice civile italiano* (nella Raccolta *Del diritto dei terzi secondo il Codice civile italiano,* Vol. I, Torino, 1889); — 38.° De Pirro, *Della enfiteusi* (Lanciano, 1891);—39.° Perna, *L'enfiteusi nel Diritto antico e moderno* (Napoli, 1892); — 40.° De Pirro, *Se per diritto civile il canone enfiteutico possa stabilirsi in un'aliquota dei prodotti del fondo* (nel *Foro italiano,* anno 1893, parte I, pag. 126 e seg.); — 41.° Cesareo, *Il concedente ed i creditori ipotecarii in caso di devoluzione* (V. *Dritto e giurisprudenza,* anno VIII, num. 37; 16 marzo 1893); — 42.° Conti Batà, *Il principio della redimibilità dei canoni enfiteutici nel Codice civile italiano e la sua improrogabilità* (nella *Giurisprudenza italiana,* anno 1894, parte IV, pag. 177 e seg.).

Nelle età passate si faceva ricorso con molta frequenza al contratto di enfiteusi; e di qui a poco assegneremo la ragione di questo fatto. Gli ordinamenti del Codice italiano hanno reso questo contratto infrequentissimo. Ma, tanto nel campo della scienza che in quello della giurisprudenza, sono anche oggi gravi e molteplici le quistioni circa tale istituto. Nel campo della scienza valorosi giuristi hanno disputato sulla vera natura dell'enfiteusi, giusta i principî della legislazione moderna, vale a dire del Codice vigente. Quale è la figura del diritto del concedente e di quello dell'enfiteuta? Si può ammettere il dualismo di dominio, accolto nelle età passate, ed anche sotto l'impero dei Codici che erano in vigore nelle diverse regioni italiane al tempo della promulgazione del Codice del 1865? Nel campo della giurisprudenza le controversie che si sono agitate, e si agitano tuttogiorno, riguardano specialmente gli effetti delle enfiteusi costituite anteriormente. In quale misura i principî sanciti dal Codice italiano si debbono applicare alle medesime? Come si deve

armonizzare il rispetto dovuto ai diritti legittimamente acquisiti coll'ossequio ai dettami di interesse generale, di ordine pubblico, affermati dal nostro legislatore? Cercheremo anche in questa occasione, vale a dire nello svolgimento dell'istituto dell'enfiteusi, di assolvere il nostro còmpito colla maggiore chiarezza che ci è possibile.

I. L'enfiteusi nel diritto preesistito e nel codice vigente. — Molto si è disputato fra gli scrittori intorno alla genesi storica del contratto di enfiteusi. Alcuni rimontarono all' *ager publicus,* che mette capo alla tripartizione fatta da Romolo del territorio. Altri stimarono, che l'origine dell'enfiteusi si dovesse trarre dall' *ager vectigalis;* e forse questa opinione, propugnata dal Niebuhr, è da preferirsi. Nelle fonti son rimaste celebri due Costituzioni intorno all'enfiteusi. La prima, dell'imperatore Zenone, il quale, risolvendo una controversia agitata fra i giureconsulti romani, decise che l'enfiteusi era un contratto speciale, diverso dalla locazione e dalla vendita: « Jus emphiteuticarium, neque conductionis, neque alienationis esse titulis adjiciendum, sed hoc jus tertium esse constituimus, ab utriusque memoratorum contractuum societate seu similitudine separatum; conceptionem item definitionemque habere propriam, et justum esse validumque contractum. » (L. 1, Cod. *de jure emphiteutico*). La seconda Costituzione, dell' imperatore Giustiniano, prescrisse che, nel silenzio del contratto, l'enfiteuta non poteva vendere il suo diritto senza il consenso del concedente. Costui, tra due mesi dall'intimazione della vendita, poteva esercitare il diritto di preferenza *(jus protimiseos);* e, nel caso che non avesse voluto esercitare questo diritto, in compenso dell'approvazione che il concedente dava all'alienazione, gli si doveva pagare il *laudemio* (L. 3, Cod. *Ibidem*). Il *laudemio* consisteva nella cinquantesima parte del prezzo.

Percorrendo i lavori preparatorî del Codice italiano, si scorge che l'instituto dell'enfiteusi, tra i giuristi che presero parte alla formazione della nuova legislazione, ebbe fortissimi oppugnatori. Nel contratto di enfiteusi si credette ravvisare un vestigio del sistema feudale che, smembrando i dominî, riusciva tanto pregiudizievole agli interessi dell'agricoltura. L'enfiteusi ha fatto il suo tempo, osservò il Precerutti, allo stesso modo del feudalismo e di altre vecchie istituzioni, ora cadute. Il contratto d'enfiteusi è un rimasuglio

del medio evo (1). Ma la sentenza di questi giuristi non fu accolta nella redazione definitiva del Codice. Dichiarò in proposito il Vacca, nella *Relazione* che precede il Codice civile: « Interdire il contratto di enfiteusi suonerebbe offesa alla libertà delle convenzioni, in quanto non contraddicano all'ordine e all' interesse pubblico. Che anzi sotto questi rispetti l'enfiteusi esprime tal forma di convenzione da favoreggiar grandemente i progressi dell'industria agricola, comechè intesa a crescere il fondo capitale per via di miglioramenti. » Il silenzio del Codice francese intorno a questo contratto vuolsi attribuire ad un « permaloso sentimento di ripugnanza a tutto quanto accennasse ad ordini feudali. » Il nostro legislatore accoglieva il contratto di enfiteusi, ma facendo al medesimo subire gravissime trasformazioni, avuto riguardo alla fisonomia dell'enfiteusi nel Diritto romano e nell'intermedio.

Giusta il sistema romano, il proprietario, concedendo in enfiteusi il suo fondo, conservava illeso il suo diritto di dominio; il diritto reale nella cosa altrui, *jus in re aliena constitutum,* era quello dell'enfiteuta. Nel Diritto intermedio, si distinsero il *dominio diretto* ed il *dominio utile*; il primo si attribuiva al concedente, il secondo all' enfiteuta. Il Codice italiano, non potendo fare buon viso a questo secondo sistema, da cui nasceva un dualismo di dominio, ha creduto di dovere stabilire un ordinamento del tutto opposto a quello del Diritto romano. Il concedente, giusta i principî del nostro Codice, poi che ha consentita l' enfiteusi, non conserva più alcun diritto di dominio sul fondo; proprietario del fondo è realmente l' enfiteuta. Il proprietario antico non conserva altro che un diritto reale, *jus in re*, sul fondo, il cui dominio è passato nelle mani dell'enfiteuta.

Questo concetto dell'enfiteusi nel sistema del Codice italiano si trova contrastato da non pochi giuristi. Il Borsari osserva: « Il proprietario aliena una parte del suo dominio e della parte alienata investe l'enfiteuta, ma ritenendo in sua mano i capi o freni della proprietà per ritrarla a sè in date circostanze. Rimane adunque nel concedente un dominio superiore. Contuttociò la condizione dell'enfiteuta, nel sistema moderno, è più rilevata, più libera, e, quasi a dire, più de-

(1) Verb. num. 38 della Commissione Coordinatrice.

corosa (1). » Il Pacifici-Mazzoni: « Che il diritto di proprietà appartenga al direttario, non è malagevole a dimostrarsi. Prima della stipulazione dell'enfiteusi egli aveva la proprietà nella sua interezza. Or quando concede in enfiteusi il fondo suo, non è naturale ch'ei se ne riserbi la proprietà? Anzi ciò è necessario, perciocchè, se trasmettesse la proprietà all'enfiteuta, dovrebbe da questo riavere parte di essa; e così l'enfiteusi importerebbe ad un tempo alienazione ed acquisto per entrambe le parti. Ma questo concetto ed effetto dell'enfiteusi sono affatto incompatibili colla definizione che di tale contratto dà la legge (2). » Il Mirabelli, dopo di avere osservato che il concedente e l'enfiteuta hanno un diritto *indipendente ed eguale* sull'immobile, sotto l'aspetto soggettivo, aggiunge: « Riguardate le parti della cosa, sulle quali ciascuno ha il suo diritto, non si può ammettere l'eguaglianza, ma la prevalenza del diritto del concedente su quello dell'enfiteuta, per la ragione scientifica e giuridica che chi ha il potere sulla sostanza della cosa deve essere riguardato diversamente da chi ha il diritto sulle utilità che la cosa produce; vi passa la stessa differenza, che si ha fra la sostanza della cosa e le sue accessioni, destinate ad esserne distaccate, rimanendo salva la sostanza. Il diritto del concedente sulla sostanza è un diritto di proprietà, il primo dei diritti reali; quello del concessionario è un diritto sulla sostanza della cosa del concedente, il quale diritto consiste nel far propri i prodotti (3). »

A noi sembra evidente che questa dottrina debba essere respinta. Nel sistema del Codice italiano, proprietario del fondo dato in enfiteusi è l'enfiteuta, non il concedente; proprietario *virtuale*, consentiamo pure a chiamare in tal guisa l'enfiteuta, ma proprietario. Il diritto del concedente non è altro che un diritto reale immobiliare, che non contiene alcun carattere di dominio. E qui vogliamo riferire gli argomenti che, a conforto di questa teoria, adduceva, in una elegante mo-

---

(1) V. Borsari, *Comm. del Codice civile italiano,* Vol. IV, parte I, § 3621.

(2) V. Pacifici-Mazzoni, *Della enfiteusi,* num. 3; Firenze, 1882.

(3) V. Mirabelli, *Delle garentie del dominio diretto secondo il Codice civile italiano,* num. 6; nella Raccolta *Del diritto dei terzi secondo il Codice civile italiano;* Torino, 1889.

nografia, il nostro carissimo maestro, Diego Colamarino, che per un ventennio, con quella modestia che accompagna sempre la vera cultura, ha insegnato Diritto civile nell' Ateneo napoletano, e alla cui memoria ci si porge ora occasione di rendere un pubblico attestato di affetto e di gratitudine. Noi, su questo punto, calcheremo le sue orme: *ei primo*, *ed io secondo,* come direbbe Dante.

Primo argomento. — In tutto il titolo *Della enfiteusi* non si fa più cenno dei due dominii, e non si dice più, come nei precedenti Codici, che il canone o la prestazione si paga *in ricognizione del dominio del concedente.*

Secondo argomento. — Il tesoro rinvenuto nel fondo enfiteutico appartiene *per intero,* per ciò che sia accessione, all'enfiteuta (art. 1561); mentre nelle Leggi Civili napoletane (art. 1686), e nel Codice estense (art. 1627), che riconoscevano il dualismo del dominio in *diretto* ed *utile,* la parte del tesoro *jure accessionis* spettava in proporzioni eguali al concedente ed al concessionario.

Terzo argomento. — Nel sistema del Codice italiano, l'enfiteuta può disporre tanto del fondo enfiteutico, quanto delle sue accessioni, sia per atto tra vivi, sia per atto di ultima volontà; e non è dovuta alcuna prestazione al concedente (articolo 1562), ch'era l'antico *laudemio,* il quale si pagava al padrone diretto perchè consentisse all'alienazione, e riconoscesse l'acquirente per suo nuovo enfiteuta.

Quarto argomento. — Il concedente ogni ventinove anni può chiedere la ricognizione del proprio diritto da chi si trova nel possesso del fondo enfiteutico, ricognizione che sarebbe inutile se il diritto del concedente fosse di proprietà, perchè in tal caso il concessionario rispetto al concedente sarebbe un possessore precario, e non potrebbe giammai eccepire prescrizione contro di costui, come fu espressamente dichiarato nelle province napoletane con Decreto dei 10 febbraio 1838, che disse non andar soggetti a rinnovazione i titoli enfiteutici, appunto perchè non vi era pericolo di prescrizione, che è la sola ragione legale della rinnovazione dei titoli.

Di qui si trae che, pel Codice italiano, il vero diritto del concedente è un diritto reale immobiliare, *sui generis*, il quale è sufficiente a tutelare tutti i legittimi interessi del concedente stesso, perchè tale diritto inerisce al fondo, passa col fondo nelle mani di qualunque terzo possessore, è un di-

ritto reale capace d'ipoteca, è a libera disposizione di colui cui appartiene, ed infine è con privilegio garantito sui frutti del fondo per la riscossione del canone. Invano si obbietterebbe, che al concedente compete l'azione per devoluzione in taluni casi (art. 1565), per ricuperare il libero dominio della sua cosa, perchè ciò non è per effetto del dominio rimasto presso di lui, ma per semplice azione risolutoria, la quale ha pur luogo in caso di vendita per mancanza di pagamento del prezzo, quantunque il dominio sia pienamente passato all'acquirente. Dippiù l'enfiteuta può sempre arrestare il corso di quest'azione per devoluzione col riscatto del canone (1).

Il Mirabelli, per combattere questa teoria, con grande studio ha fatto ricorso al Diritto romano, agli antichi scrittori, ai Codici che preesistevano in Italia, per trovare, anche prima del Codice vigente, sancito o propugnato l'uno o l'altro dei principî dianzi enunciati. Ad esempio, il Voet ed il Vinnio attribuiscono il tesoro all'enfiteuta. L'atto ricognitivo era pure voluto dal Codice parmense e dal Codice estense. Ora, osserva il Mirabelli, ciò non ostante tanto il Voet che il Vinnio non hanno preteso, in forza del principio da essi sostenuto, che il dominio del fondo si dovesse ammettere a favore dell'enfiteuta; nè, sotto l'impero dei Codici parmense ed estense, si è mai dubitato della conservazione del dominio a favore del concedente. E noi rispondiamo, che, per oppugnare la *nova conceptio* del Codice italiano, non è sufficiente il richiamare una disposizione isolata di qualche Codice anteriore o del Diritto romano, una dottrina particolare di qualche scrittore. E spieghiamo anche più chiaramente il nostro concetto. Il Voet ed il Vinnio, se hanno insegnato che il tesoro appartiene all'enfiteuta, hanno nel medesimo tempo accolte tutte le altre massime dirette ad affermare il dominio del concedente. Se i Codici parmense ed estense hanno voluto l'atto ricognitivo, hanno però sancite tutte le altre disposizioni da cui, nel Diritto preesistente, si traeva chiaro il concetto del duplice dominio, generato dal contratto di enfiteusi. Il nostro Codice ha ripudiato *tutte* quelle disposizioni, da cui poteva ricavarsi il concetto di un qualunque dominio nel concedente; ha sancito *tutte* le disposizioni, dalle quali

(1) V. Colamarino, *Del contratto di enfiteusi*, Cap. II; Napoli, 1879.

risulta il dominio virtuale dell'enfiteuta. Ora quando l'espositore del Diritto positivo si propone di procedere alla costruzione giuridica di un istituto deve tener conto del sistema legislativo nel suo complesso; *tota lege perspecta*, è questo l'insegnamento che ci hanno lasciato i giureconsulti romani.

Il Supremo Collegio di Roma, in una recente sentenza, stabiliva la massima, che la disposizione dell' articolo 2136 Codice civile, che rende obbligatoria pel debitore di una rendita o di una prestazione annua qualunque la rinnovazione del titolo ogni ventotto anni, non ha soltanto per iscopo di interrompere la prescrizione, ma anche di accertare la persona del debitore nel succedersi delle generazioni, e di impedire che si perda col tempo la memoria del titolo primitivo dell'obbligazione, segnatamente allorchè si tratta di capitali irripetibili. A conforto di questa massima osservò la Cassazione: « È inesatto ciò che ritennero i giudici di merito, che l' unico principio razionale della disposizione in esame fosse quello di interrompere la prescrizione, e che quindi trovi la sua applicazione sol quando trattasi di interrompere la decorrenza del trentennio. Anche l'enfiteuta non può prescrivere il diritto del dominio diretto pel principio che nessuno possa prescrivere contro del proprio titolo, nel senso che niuno può cambiare a sè medesimo la causa ed il principio del suo possesso. Eppure ciò non ostante il Codice civile nell'articolo 1563 dà il diritto al concedente di chiedere ogni ventinove anni la ricognizione del proprio titolo da chi si trovi nel possesso. Adunque evidentemente il principio razionale della disposizione dell'articolo 2136 del Codice civile non è unicamente quello di dare al creditore il mezzo d'interrompere la prescrizione (1). » Evidentemente la Corte dava all'articolo 1563 del Codice italiano una interpretazione inconciliabile con i precedenti legislativi e con tutto il sistema del Codice medesimo, in rapporto all' istituto dell' enfiteusi. Il decreto del 1838, allo scopo di risolvere la quistione che si agitava nella giurisprudenza, dichiarò che il titolo enfiteutico non era soggetto a rinnovazione, imperciocchè non vi era, a carico del concedente, pericolo della prescrizione. Il Codice italiano ha stabilita una regola del tutto opposta

(1) Corte di Cassazione di Roma; sentenza dei 3 aprile 1895; nella *Legge*, anno XXXV, Vol. I, pag. 247.

In qual modo si può dunque affermare, avuto riguardo alla regola sancita dal Codice vigente, che l' enfiteuta non può giammai eccepire prescrizione contro il concedente? La Corte richiama una massima fondamentale in tema di prescrizione, vale a dire la massima che nessuno può prescrivere contro il proprio titolo. Questa massima è enunciata nella prima parte dell'articolo 2118 del Codice. Ma nel capoverso del medesimo articolo è soggiunto: ciascuno può prescrivere contro il proprio titolo in questo senso, che si può colla prescrizione conseguire la liberazione dall'obbligazione.

Abbiamo stimato necessario di arrestarci, in via preliminare, sul vero concetto dell'enfiteusi, nel sistema del Codice italiano, imperciocchè anche oggi è cosa frequente trovare nelle sentenze dell'autorità giudiziaria riprodotta la terminologia del Diritto intermedio: dominio *diretto* e dominio *utile*. Queste espressioni non rispondono ai principî accolti dal Codice vigente. Anche in qualche legge speciale emanata in Italia si ravvisa adoperata questa inesatta terminologia. Ora qui la improprietà del linguaggio turba la purezza dei principî.

II. Definizione dell'enfiteusi. — Il sommo Cuiacio, dopo di avere osservato che « emphyteusis grecum est nomen ut hypotheca, arra, proxeneta, parapherna et alia, » passa a definirla in tal guisa: « Est contractus, quo dominus fundi sui deserti forte et squalidi usum et fructum plenissimum et quasi dominium alteri concedit, ea lege ut inserendo, plantando, arando, poliendo, colendo, meliorem eum et fructuosiorem faciat, proque eo pendat pretium seu vectigal annuum (1). » Il nostro Codice così definisce l' enfiteusi: un contratto, col quale si concede, in perpetuo o a tempo, un fondo coll'obbligo di migliorarlo e di pagare un'annua determinata prestazione in danaro o in derrate (art. 1556). La Commissione Coordinatrice stimò opportuno di non dire nella definizione che il fondo dovesse essere *incolto*, «credendo che debbasi lasciare al riguardo maggiore libertà ai contraenti che possono intendere a migliorare un fondo già coltivato, ma in istato di deteriorazione, e fosse il caso di prevenire così le gravi questioni sulla validità del contratto, alle quali

(1) V. Cuiacio, Paratitla in Lib. IV, tit. LXVI Cod. Justiniani (Vol. II, col. 308 dell'ediz. napoletana del 1758)

potrebbe dar luogo l'indispensabile condizione che il fondo fosse incolto (1). »

Si chiama comunemente *canone enfiteutico* la prestazione annua che l'enfiteuta deve pagare al concedente. Il pagamento del canone è della essenza del contratto enfiteutico; in mancanza del canone, non si può ravvisare un contratto di enfiteusi. Questa partecipa della locazione e della vendita; ora non vi ha locazione e non vi ha vendita senza prezzo; dunque non vi ha enfiteusi senza canone (2). Osvaldo Illigero, nelle sue dotte annotazioni ai *Commentarii* del Donello, osservava: « Pensio constituitur non pro mercede, in quo differt a locatione, sed in recognitionem dominii (3). » Noi non possiamo, sotto l'impero del Codice, affermare che l'annua prestazione si paga al concedente *in recognitionem dominii*; ma dobbiamo pur riconoscere che questa prestazione è, di sua natura, modica, non proporzionata al valore del godimento dell'immobile.

Il Voet, dopo di avere osservato che: « dantur in emphyteusin res solae immobiles, quia res mobiles non ita recipiunt meliorationem per insitionem, implantationem, simílemque culturam; » soggiungeva: « Canon utrum in numerata pecunia, an vero in fructibus pendatur ex conventione, parum refert; cum utique agriculturae promovendae causa emphyteusin adinventam constet, adeoque eadem hic quoque ratio militet, quae in praediorum locatione pensionem in certa fructuum mensura vel ponderatione dari permisit (4). » Il nostro Codice dichiara espressamente, che l'annua determinata prestazione che l'enfiteuta deve pagare al concedente può consistere tanto in danaro che in derrate.

III. Costituzione dell' enfiteusi. — Il contratto di enfiteusi, nel sistema del Codice, deve essere annoverato nella categoria dei contratti solenni; vale a dire, nella classe di quei contratti pei quali è richiesto il documento scritto *ad solemnitatem*. Statuisce il numero 1.° dell'articolo 1314, che

(1) Verb. num. 49 della Commissione Coordinatrice.

(2) V. Laurent, *Principes de droit civil*, Vol. VIII, num. 382.

(3) V. Donello, *Comm. de jure civili*, Lib. IX, Cap. XIII, num. 1; Lucae, 1763.

(4) V. Voet, *Comm. ad Pandectas*, Lib. VI, tit. III, num. 7 e 8; Hagae-Comitum, 1731.

devono farsi per atto pubblico o per scrittura privata, sotto pena di nullità, le convenzioni che trasferiscono proprietà d'immobili o di altri beni o *diritti capaci d' ipoteca.* Ora, i diritti del concedente e dell'enfiteuta sui beni enfiteutici sono capaci d'ipoteca (art. 1967, num. 3.°). Ancora: giusta il numero 1.° dell'articolo 1932, perchè abbiano efficacia riguardo ai terzi, devono essere resi pubblici col mezzo della trascrizione gli atti tra vivi, sia a titolo gratuito, sia a titolo oneroso, che trasferiscono proprietà d'immobili, o di altri beni o diritti capaci d'ipoteca. Ora, come dianzi abbiamo avvertito, richiamando l'articolo 1967 del Codice, il diritto del concedente e quello dell'enfiteuta sono capaci d'ipoteca.

L'enfiteusi si può costituire in forza di una disposizione testamentaria? Gli scrittori rispondono affermativamente. Osserva in particolare il Pacifici-Mazzoni, che il testatore, il quale costituisce un diritto enfiteutico sopra un fondo suo a favore del legatario, riservando il dominio per l'erede, o lasciandolo ad altro legatario, deve imporre all'enfiteuta l'obbligo di pagare il canone sia all'erede, sia all'altro legatario. Così l'emolumento del legato consisterà nel diritto enfiteutico, per quanto dà o potrà dare prodotto superiore all'ammontare del canone, e l'utile del legato del dominio sarà costituito dal canone e dalle ragioni eventuali di devoluzione e del prezzo di affrancazione (1). Noi accettiamo questa dottrina, soggiungendo peraltro col Laurent, che nella vita pratica non si trova un esempio di enfiteusi costituita per testamento. Non val quindi la pena di fare altre considerazioni intorno ad una ipotesi, *que la théorie imagine, et que la pratique ignore* (2). È questa una avvertenza sapientissima, cui, per tutti gli istituti del Diritto positivo, dovrebbe aversi riguardo dall'interprete.

Il diritto reale che appartiene al concedente si può acquistare colla prescrizione di trent'anni, mediante il possesso esercitato sul fondo colla riscossione del canone. Così fu deciso dal Supremo Collegio di Roma: « Il diritto del domino eminente sopra un fondo enfiteutico è dalla legge considerato siccome un immobile per l'obietto cui si riferisce, ed è capace d'ipoteca. Ed il possesso civile del diritto stesso si ma-

(1) V. Pacifici-Mazzoni, *Della enfiteusi*, num. 11; Firenze, 1882.

(2) V. Laurent, *Principes de droit civil*, Vol. VIII, num. 365.

nifesta con la riscossione del canone, e con l'esercizio degli altri diritti dominicali. L'antica giurisprudenza non negò mai che il dominio diretto si potesse acquistare con la prescrizione trentennaria, mediante il solo possesso, esercitato sul fondo con la riscossione di un annuo canone. » Quì la Corte cita Bartolo, la Ruota Romana, il Fulgineo; e soggiunge: « Non è vero che il Diritto moderno respinga il beneficio della prescrizione trentennaria, tendente a conservare il dominio diretto sopra un immobile, non essendo questo diverso da ogni altro dominio d'immobili, quando è conservato con atti legittimi di possesso. Vero è che la legge presume in generale la libertà dei fondi, ma questa che è solo presunzione *juris*, può venire distrutta da una prova contraria (1). » Noi dobbiamo accettare anche questa teoria; ma osservando (ed è questa una osservazione, che deve valere anche in rapporto ad altre citazioni di sentenze, ovvero di opinioni di scrittori), che le espressioni *dominio eminente, dominio diretto,* e anche semplicemente *dominio*, quando si parla del *diritto del concedente*, nel sistema del Codice, non sono espressioni esatte. E lo abbiamo precedentemente dimostrato.

IV. Libertà delle private convenzioni in tema d' enfiteusi. — Alcuni ordinamenti racchiusi nel Codice, circa il contratto di enfiteusi, sono considerati di ordine pubblico. Tali sono quelli contenuti negli articoli 1562, 1563 e 1564. In questi articoli il Codice statuisce, che l'enfiteuta può disporre a piacimento tanto del fondo enfiteutico che delle sue accessioni; che nessun *laudemio* è dovuto al concedente per la trasmissione del fondo; che non è ammessa la subenfiteusi; che ogni ventinove anni il concedente può chiedere la ricognizione del proprio diritto; che l'enfiteuta può sempre redimere il fondo enfiteutico. Le convenzioni delle parti non sono valide quando si ribellano ai principî dianzi enunciati. Ma, salve queste limitazioni, le regole che statuisce il Codice in tema di enfiteusi si applicano soltanto in mancanza di convenzioni speciali (art. 1557). Perchè sia chiara questa teoria, stimiamo opportuno di riferire alcune massime accolte dalla giurisprudenza.

---

(1) Corte di Cassazione di Roma; sentenza dei 14 novembre 1891. nella *Legge*, anno XXXII, Vol. I, pag. 361.

Non osta alla natura dell'enfiteusi, che il concedente si riservi il godimento di parte dei prodotti del fondo; ad esempio, il diritto di far pascolare gli animali, il diritto di tagliare gli alberi. « Niun principio si offende della istituzione enfiteutica, se il concedente riservi a sè stesso una parte dei diritti di fruizione e godimento, restringendo in tal guisa la importanza della sua concessione (1). »

È valido e non contrario alla natura del contratto di enfiteusi il patto col quale sia stato convenuto dovere al concedente appartenere le miniere che possono rinvenirsi nel fondo enfiteutico (2).

È nullo il patto, con cui si conviene, che, in caso di alienazione del diritto dell' enfiteuta, l' acquirente non possa immettersene in possesso, senza prima stipulare istrumento ricognitivo verso il concedente. « Se il domino diretto non può esercitare prelazione alcuna nell'alienazione del fondo enfiteutico, nè pretendere alcuna somma a titolo di laudemio, e l' enfiteuta può sempre affrancare il fondo enfiteutico, se tutto ciò è sostanziale al contratto di enfiteusi, ed ogni patto in contrario è nullo, giusta l'articolo 1557 del Codice civile; e se il vincolo pel pagamento del canone tra il concedente e l'enfiteuta è stretto solo in ragione del fondo che si concede, è allo stesso inerente, e si trasferisce in chi ne acquista il possesso, estinguendosi in chi lo trasmette; il patto con cui si subordina la immissione in possesso dell' acquirente del dominio utile alla stipula dell'atto ricognitivo verso il domino diretto è indubitabilmente nullo (3). »

Nelle enfiteusi stipulate sotto l'impero del Codice civile italiano il canone deve consistere in una prestazione determinata ed invariabile; non già nella prestazione di una quota parte dei prodotti annuali del fondo. « Essendosi nell'art. 1564 Codice civile disciplinato il metodo di affrancazione, si è indicata come prima base la capitalizzazione del canone. Ora

(1) Corte di Cassazione di Torino; sentenza dei 18 aprile 1868; nella *Giurisprudenza italiana,* anno 1868, parte I, pag. 399.

(2) Corte di Cassazione di Palermo; sentenza dei 13 settembre 1873; nella *Legge,* anno XIV, Vol. I, pag. 132.

(3) Corte di Cassazione di Napoli; sentenza dei 12 maggio 1890; V. *Dritto e giurisprudenza,* anno VI, num. 29 (11 gennaio 1891).

cotesta operazione sarebbe impossibile se la prestazione fosse suscettiva di variazione, a seconda della variabilità del ricolto e dei frutti e dei prodotti del fondo (1). »

V. Diritti dell'enfiteuta. — I diritti dell'enfiteuta son questi: 1.° Pieno godimento del fondo; 2.° Libertà di disposizione del fondo e delle sue accessioni; 3.° Facoltà di redimere il fondo. Diremo separatamente di ciascuno di essi.

1) *Pieno godimento del fondo.* — L'enfiteuta fa suoi tutti i prodotti del fondo e delle accessioni. Ha gli stessi diritti che avrebbe il proprietario quanto al tesoro ed alle miniere che si scoprono nel fondo enfiteutico (art. 1561). L'enfiteuta può costituire sul suo diritto un'ipoteca (art. 1967). Può imporre a carico del fondo delle servitù reali, che peraltro debbono cessare coll'estinguersi dell'enfiteusi (art. 665). Può acquistare a vantaggio del fondo delle servitù, ed esse sopravvivono alla estinzione dell'enfiteusi (art. 665). In propria sede abbiamo richiamata l'acconcia osservazione del Romagnosi: « Nelle cose giovevoli non vige il rigore delle cose nocevoli, ossia di quelle cose nelle quali si tratta o d'imporre un onere o di far deteriorare il valore di un nostro bene. » L'enfiteuta può stabilire sul fondo un diritto di usufrutto o di uso. Egli può sperimentare le azioni possessorie (2). Può ancora cambiare la destinazione del fondo; ad esempio, può di un bosco fare una vigna, può convertire una semplice area in giardino, può sul giardino costruire un edifizio. Non si deve confondere la condizione giuridica dell'enfiteuta con quella dell'usufruttuario, cui la legge impone, e con ragione, di conservare la sostanza della cosa, tanto nella materia che nella forma. Nondimeno deve pure riconoscersi una differenza tra il diritto dell'enfiteuta, di cangiare la destinazione del fondo, e il diritto del proprietario, relativo allo stesso cangiamento di destinazione. Il diritto del proprietario è illimitato, e limitato è invece quello dell'enfiteuta. La limitazione sta in ciò, che essendo impedito all'enfiteuta di deteriorare il fondo, gli è impedito del pari di cangiare destinazione al medesi-

(1) Corte di Cassazione di Roma; sentenza dei 24 agosto 1892; nella *Legge*, anno XXXII, Vol. II, pag. 760.

(2) V. Scialoia, *Trattato sulle azioni possessorie*, num. CMXCII; nel *Comm. del Codice di procedura per gli Stati Sardi*, Vol. I, parte II; Torino, 1857.

mo, quando, per effetto del cangiamento, il fondo sia deteriorato (1).

2) *Libertà di disposizione.* — Nel sistema del Diritto romano e del Diritto intermedio, se l'enfiteuta voleva alienare il suo diritto, era tenuto a interpellare il concedente, al quale spettava la preferenza nell'acquisto di esso. Allorchè il concedente non voleva giovarsi della preferenza, la legge gli concedeva il diritto al *laudemio*, che consisteva, e lo abbiamo già avvertito, nella cinquantesima parte del prezzo. Annotando una decisione della Ruota Romana, osservava Paolo Rubeo, che l'enfiteuta *incidit in caducitatem* anche quando ha venduto colla dichiarazione *salvo jure Domini*, ma non ha fatta a costui la *denunciatio;* imperciocchè, in tal caso, « durior efficitur domini conditio, cum ejus intersit litibus et sumptibus non vexari; nam conveniendus venit emptor qui jam adeptus est possessionem emphyteusis. » Ora: « in litem quis incidens, incidit in flagella omnium durissima, imo et incidit in ignem talem, ut facile omnia in cinerem convertet (2). » Le Leggi Civili napoletane, in rapporto al *laudemio,* stabilirono, nell'articolo 1697: « Non si esigerà dal padrone diretto, in occasione di vendita o di altra alienazione delle migliorie, veruna somma a titolo di *laudemio*, se non quando siasi espressamente convenuto; ma non potrà pattuirsi più della cinquantesima parte del prezzo. » Questa voce *laudemio,* come osserva Ulrico Ubero, *est origine latinissima, ab auctore laudando, flexione duntaxat semibarbara* (3). Il Codice italiano statuisce espressamente, che l'enfiteuta può disporre tanto del fondo enfiteutico, quanto delle sue accessioni, sia per atto tra vivi, sia per atto di ultima volontà. Per la trasmissione del fondo enfiteutico, in qualunque modo avvenga, non è dovuta alcuna prestazione al concedente (articolo 1562). Ma il nostro Codice, pur riconoscendo nell'enfiteuta il diritto di disporre a suo libito del fondo e delle sue

---

(1) V. Ricci, *Corso teorico pratico di Diritto civile,* Vol. VIII, numero 22.

(2) Ruota Romana; decisione degli 11 aprile 1639; V. *Sacrae Rotae Romanae Decisionum recentiorum,* Pars VIII, num. 131; Venetiis, 1716.

(3) V. Ubero, *Institutionum*, Lib. III, tit. III, num. 12; Lipsiae, 1725.

accessioni, interdice la subenfiteusi (art. 1562). La moltiplicazione dei vincoli enfiteutici sarebbe stata contraria al principio della libertà dei fondi, cui si è informato il legislatore nell'ordinamento dell'enfiteusi; e, d'altra parte, non si sarebbe potuto neanche giustificare facendo ricorso allo scopo del miglioramento dei fondi, imperciocchè a tanto basta l'enfiteusi esattamente eseguita (1).

3) *Redenzione del fondo.* — Le Leggi Civili napoletane statuivano nell'articolo 1701: « Non sarà permesso all' enfiteuta di affrancare il canone, pagandone il capitale corrispondente al padrone diretto, tranne il caso di una special convenzione. » Il Duscio ed il Vecchio, che ci lasciarono un ampio trattato sul titolo *Della enfiteusi*, giusta l' ordinamento delle Leggi napoletane, così giustificarono il precetto dianzi riferíto: « Esso attinge i motivi dalla più alta sapienza del nostro legislatore. Non poteva il canone dichiararsi affrancabile a posta dell' enfiteuta, giacchè trovandosi ben distinti l'un dall'altro i due dominii utile e diretto, e propriamente restando, dietro la concessione, la proprietà del fondo al padrone originario, il legislatore non poteva accordare al possessore precario, ossia all'enfiteuta, la facoltà di annientare il diritto del proprietario effettivo del fondo, col permettere l'affrancamento del canone, mercè il pagamento del corrispondente capitale. » Autorizzare l'enfiteuta ad affrancare contro la volontà del proprietario, sarebbe stato lo stesso che autorizzare una *vendita coattiva*. Ora: « tolti i casi di pubblica utilità, niuno dei particolari può nel regno venir astretto a cedere coattivamente ad un altro, previa indennizzazione, la sua proprietà (2). » Il Codice italiano, in omaggio al principio fondamentale, che proprietario virtuale del fondo è l'enfiteuta, statuisce che costui può sempre redimere il fondo enfiteutico mediante il pagamento di un capitale in danaro corrispondente all'annuo canone sulla base dell'interesse legale, od al valore dello stesso canone, se è in derrate, sulla base del prezzo medio di queste negli ultimi dieci anni. Le parti possono tuttavia convenire il pagamento di un capitale inferiore a quello sopra accennato. Ove si tratti di enfiteusi con-

---

(1) V. Pacifici-Mazzoni, *Della enfiteusi*, num. 16; Firenze, 1882.

(2) V. Duscio e Vecchio, *Della enfiteusi*, Vol. II, num. 429; Catania, 1846.

cessa a tempo determinato e non eccedente i trent'anni, possono anche convenire il pagamento di un capitale superiore, che non potrà però eccedere il quarto di quello sopra stabilito (art. 1564). Questa restrizione, contenuta nelle parole terminative dell'articolo 1564, fu proposta dalla Commissione Coordinatrice, allo scopo « di evitare il pericolo, che col permettere di convenire sulla somma da pagarsi per la redenzione, si riesca a far frode al divieto dei patti contrari alla redimibilità dell'enfiteusi (1). » Il diritto nell'enfiteuta di redimere il fondo è sempre preferito al diritto del concedente di chiedere la devoluzione del medesimo; questo principio è fermato in termini chiarissimi nell'articolo 1565, che di qui a poco esamineremo.

VI. Obbligazioni dell'enfiteuta. — Le obbligazioni cui è tenuto l'enfiteuta si possono ridurre a tre, e son queste: 1.° Pagamento del canone; 2.° Pagamento delle imposte prediali e di tutti gli altri pesi che gravano il fondo; 3.° Miglioramento del fondo. Serbando fede al nostro sistema, ci arresteremo brevemente intorno a ciascuna di queste obbligazioni.

1) *Pagamento del canone.* — L'obbligazione di pagare il canone è ciò che contraddistingue il contratto di enfiteusi dalla vendita, dalla permuta, dalla donazione. Abbiamo ripetuta l'osservazione di Ugone Donello. « Pensio praecipue propria est hujus contractus. Et certe sine hac aut venditio fit, si semel pretium solvatur; aut permutatio, si species cum specie commutetur; aut si pro re nihil omnino praestetur, donatio (2). » L'enfiteuta non può pretendere remissione o riduzione del canone per qualunque insolita sterilità o perdita di frutti (art. 1559). Sotto l'impero del Diritto intermedio, insegnava il card. de Luca, riproducendo una teoria cui da molti si prestava ossequio ai suoi tempi, tanto nella scuola che nella giurisprudenza: « Rerum status accidentalis immutatio, quae ob insolitam fecunditatem vel sterilitatem, aliave accidentia, fructuum notabilem in majus vel in minus alterationem producat, canonis augmenti ex parte domini, vel diminutionis ex parte emphyteutae, quaestiones parit. Utri-

---

(1) Verb. num. 50 della Commissione Coordinatrice.

(2) V. Donello, *Comm. de jure civili,* Lib. IX, Cap. XIII, numero 23; Lucae, 1763.

que autem juris regula resistit, ut nempe quilibet sua sorte contentus esse debeat, ejusque bonum vel malum sortiri eventum, ubi adeo magnum non resultet damnum, ut nimiam injustitiam producat, quae iniquitatem redoleat, pro facti qualitate et circumstantiis, vel pro consuetudine (1). » Ma questo temperamento, o meglio questa limitazione alla regola generale, non si può accettare sotto l'impero del Codice. Il testo dell'articolo 1559 è chiarissimo. È questa una delle differenze tra l'enfiteusi e la locazione dei fondi rustici. In tema di locazione, osserva il Vinnio, il fitto si diminuisce *ob sterilitatem*, imperciocchè in questo contratto *merces pro modo et quantitate fructuum, qui ex fundo percipi solent, constituitur*. Ma, in tema di enfiteusi, nello stabilimento dell'ammontare del canone, non si ha riguardo principalmente a questo criterio (2).

Anche sotto l'impero del Codice italiano deve ritenersi il principio della indivisibilità del canone enfiteutico. Come notava il Supremo Collegio di Napoli: « Dalla redimibilità non segue certo la facoltà di rendere frazionabile all'infinito il dominio del concedente (3). » Sotto l'impero del Diritto intermedio, insegnava il Voet: « Si emphyteuta partem praedii emphyteuticarii distraxerit, et onera diviserit pro rata parte, ne tum quidem ullum domino praejudicium fit, quo minus totus canon, non pars, ei invito obtrudatur; aut quo minus ille ab uno eorum, qui partem tenet, solidi canonis faciat exactionem (4). » Questa dottrina, lo abbiamo detto, deve seguirsi anche in applicazione del sistema accolto dal Codice. Diviso il fondo enfiteutico, ed obbligato il concedente a riceversi tanti diversi canoni per quante sono state le parti del fondo diviso a sua insaputa, si dovrebbero accettare queste conseguenze, che siano dal semplice fatto della divisione nate tante enfiteusi quante sono le parti; e che, se uno dei nuovi enfiteuti non paga il suo canone per due anni consecutivi

(1) V. De Luca, *Summa de emphyteusi*, num. 56; Venetiis, 1726.

(2) V. Vinnio, *Institutionum*, Lib. III, tit. XXV, num. 10; Venetiis, 1754.

(3) Corte di Cassazione di Napoli; sentenza dei 23 luglio 1886; nella *Legge*, anno XXVII, Vol, I, pag. 522.

(4) V. Voet, *Comm. ad Pandectas*, Lib. VI, tit. III, num. 38; Hagae-Comitum, 1731.

dopo una legittima interpellazione, il concedente deve esercitare il diritto di devoluzione sopra una parte del fondo originario! Nè le conseguenze sarebbero meno gravi, trattandosi dell'affranco. Il concedente allora soltanto può essere costretto a cedere il suo diritto, quando gli si offra l'intero valore patrimoniale del medesimo. Se il concedente non può opporsi all'affranco, non può essere costretto a sopportarlo in modo pregiudizievole ai suoi interessi (1).

Colla vendita del fondo enfiteutico, l'enfiteuta resta liberato dalle sue obbligazioni personali verso il concedente, e specialmente da quella della prestazione del canone. Osservò in proposito il Supremo Collegio di Torino: « L'istituto dell'enfiteusi, non riconosciuto dal Codice francese, nè dall'albertino, potè trovar posto in quello italiano, ma però si pose ogni studio per scemare i vincoli che in passato erano imposti all'enfiteuta, e per rendere così più facile la circolazione della proprietà fondiaria. Ora è evidente come a questo fine, che il legislatore si prefisse, farebbe contrasto la persistenza della obbligazione nell'enfiteuta dopo l'alienazione. Non sarebbe per fermo facil cosa trovare chi fosse disposto a vendere beni enfiteutici, sapendo che, pur non possedendo più il fondo, rimangono ferme le obbligazioni derivanti dal contratto di concessione, senza possibilità di svincolarsene. Può, senza tema di errare, affermarsi che la condizione dell'enfiteuta sarebbe da questo lato divenuta più dura di quello che non fosse allorchè imperava la Legge 3, Cod. *de jure emphyteutico.* Ed invero, secondo quella Costituzione di Giustiniano, il padrone del fondo poteva negare il consenso all'alienazione in taluni determinati casi, all'infuori dei quali era obbligato a riconoscere l'acquirente, e l'alienante rimaneva liberato. Mentre pel Codice italiano dipenderebbe dall'illimitato arbitrio del concedente di tener per sempre vincolato l'originario enfiteuta (2). »

Nel caso di distruzione totale del fondo, l'enfiteusi si estingue; e naturalmente non si può, in tal caso, parlare di

---

(1) V. De Crescenzio, *Della indivisibilità del canone enfiteutico secondo l'antico e il nuovo Diritto,* nel *Filangieri,* Vol. I; Napoli, 1876.

(2) Corte di Cassazione di Torino, a sezioni riunite; sentenza dei 24 febbraio 1888; negli *Annali della giurisprudenza italiana,* anno 1888, parte I, pag. 81.

pagamento del canone. Ma *quid juris*, nel caso di distruzione parziale? Gli antichi scrittori rispondono recisamente, che l'enfiteuta non può pretendere diminuzione di canone. Fino a che resta una porzione qualunque del fondo, l'enfiteuta è tenuto al pagamento della pattuita prestazione, e la deve pagare integralmente. Insegnava il Donello: « Placet nec propter casus fortuitos in agro vectigali incidentes quoscumque, et quantumcumque de praedio abstulerint, emphyteutam ulla ex parte eius pensionis praestatione liberari. Veluti, si fundus occupatus sit a mari aut flumine, si hiatus terrae quid absumpserit. Hac tamen conditione, quandiu quid ex eo fundo vel minimum supererit (1). » E il Voet: « Interitu rei perit emphyteusis, et eo quidem totali, non vero partiali; adeo ut ne pars quidem canonis deminuenda veniat, etiamsi fundi pars major perierit (2). » Il nostro Codice non ha seguìto una dottrina così rigorosa. Se il fondo non è distrutto che in parte, non può l'enfiteuta pretendere alcuna diminuzione di canone, ove la rendita della parte che resta sia sufficiente per pagarlo interamente. In questo caso però e semprechè ne sia perita una parte notabile, l'enfiteuta può rinunziare al suo diritto, retrocedendo il fondo al concedente (art. 1560). I compilatori del Codice italiano riproducevano il sistema accolto nell'articolo 1688 delle Leggi Civili napoletane.

Si può, chiesta ed ottenuta la diminuzione del canone, avverare in sèguito la reintegrazione del fondo. E si può avverare sì per fatto dello stesso enfiteuta, sì per opera della natura. Per fatto dell'enfiteuta, allorchè, ad esempio, egli riedifica la casa che in parte era rovinata, ovvero sgombra il terreno dalla ghiaia, dai sassi, dall'arena che il fiume vi avea portato, e così lo restituisce alla coltivazione. Per fatto della natura, allorchè, ad esempio, mediante le alluvioni si restituisce dalle acque il terreno da esse asportato. In tali casi, l'enfiteuta può essere costretto a pagare l'intero canone, imperciocchè la rendita del fondo è sufficiente a pagarlo integralmente? A prima fronte, parrebbe che si dovesse rispondere affermativamente. Ma, *re mature perpensa,* l'interprete

(1) V. Donello, *Comm. de jure civili,* Lib. IX, Cap. XIV, num. 23; Lucae, 1763.

(2) V. Voet, *Comm. ad Pandectas,* Lib. VI, tit. III, num. 16; Hagae-Comitum, 1731.

del Codice non può esitare a seguire la dottrina enunciata dal Pacifici-Mazzoni. Quanto l'enfiteuta fa dopo perita una parte del fondo, è miglioramento, il cui prodotto utile deve cedere per intero a lui, non solo come compenso del dispendio, ma eziandio come frutto di cosa sua; giacchè all'enfiteuta in piena proprietà appartengono i miglioramenti. Qualche difficoltà presenta l'applicazione di questa teoria alla ipotesi che la reintegrazione si avveri per benefizio della natura. Ma va considerato, che la reintegrazione non è che novella accessione, il cui avveramento si compie ad esclusivo vantaggio dell'enfiteuta, come *rebus integris,* così dopo estinto parzialmente l'obbligo del canone per legittima riduzione (1).

2) *Pagamento delle imposte e dei pesi.*—Gli antichi scrittori, e ricordiamo specialmente il Donello, il Fulgineo, il card. de Luca e il Voet, attestano che, sotto l'impero del Diritto intermedio, vi era molta discordanza nel determinare la estensione del dovere dell'enfiteuta, circa il pagamento dei tributi e dei pesi in generale a carico del fondo. Alcuni distinguevano le enfiteusi nelle quali il valore del canone corrispondeva al prezzo dei frutti depurati dalle spese di coltivazione, da quelle in cui non vi era tale corrispondenza, perchè il canone era molto tenue in rapporto ai frutti del fondo. In queste imponevano all'enfiteuta il pagamento integrale dei tributi e dei pesi; in quelle, ne imponevano il pagamento al concedente ed all'enfiteuta; al primo, in proporzione del canone; al secondo in proporzione dei frutti del fondo, dedotto il valore del canone. Altri sostenevano che l'enfiteuta fosse tenuto ai tributi ed ai pesi ordinari, vale a dire, a quelli che potevano prevedersi al tempo del contratto; non a quelli cui presuntivamente non si ebbe, a questo tempo, riguardo. Altri distinguevano le enfiteusi perpetue dalle temporanee; nelle prime negavano, nelle seconde riconoscevano la facoltà nel giudice di attribuire l'onere dei tributi e dei pesi al concedente ed all'enfiteuta, in proporzione della durata del godimento. Altri infine non dubitavano di equiparare, su questo punto, la condizione dell'enfiteuta a quella dell'usufruttuario (2). Il Codice statuisce, che le imposte prediali e tutti gli

(1) V. Pacifici-Mazzoni, *Della enfiteusi,* num. 19; Firenze, 1882.

(2) V. Duscio e Vecchio, *Della enfiteusi,* Vol. II, num. 469; Catania 1846.

altri pesi che gravano il fondo, sono a carico dell'enfiteuta (art. 1558). Questa disposizione discende a modo di corollario dal principio fondamentale in tema di enfiteusi, nel sistema del Diritto moderno. Quelle regole che il Codice stabilisce in rapporto all'usufruttuario, negli articoli 506 e 507, non potevano trovare applicazione in rapporto all'enfiteuta; che è, lo ripetiamo, proprietario virtuale del fondo.

3) *Miglioramento del fondo.* — L'usufruttuario deve godere da buon padre di famiglia, ed il Codice gli impone il dovere della cauzione a guarentigia dell'osservanza di questa obbligazione (art. 497). E se l'usufruttuario deteriora i beni, o li lascia andare in perimento per mancanza di ordinarie riparazioni, l'usufrutto può dichiararsi estinto in forza di una sentenza del magistrato (art. 516). Anche il conduttore deve servirsi della cosa locata da buon padre di famiglia (art. 1583). Ma, in rapporto all'enfiteuta, non basta dire semplicemente, che egli deve godere del fondo da buon padre di famiglia; si deve aggiungere, che egli ha il dovere di migliorare il fondo. Il possessore del fondo, che non lo deteriora, che provvede alle riparazioni che sono necessarie, non può dirsi certamente che contravvenga all'obbligazione di goder della cosa da buon padre di famiglia. Ma, in tema di enfiteusi, avuto riguardo allo scopo speciale di essa, l'enfiteuta è tenuto ancora all'obbligo di migliorare il fondo. Questo concetto si trova enunciato espressamente nell'articolo 1556, il quale racchiude la definizione dell'enfiteusi. Ed è rifermato nell'articolo 1565, dove si parla del diritto di devoluzione che compete al concedente, quando l'enfiteuta non adempie l'obbligazione di migliorare il fondo.

VII. Diritti del concedente. — Si debbono, nel sistema del nostro Codice, riconoscere tre diritti a favore del concedente. In primo luogo, il concedente ha diritto alla esazione del canone. In secondo luogo, ha diritto a chiedere un atto ricognitivo ogni ventinove anni. In terzo luogo, può chiedere la devoluzione del fondo enfiteutico, nei casi determinati dal Codice.

1) *Esazione del canone.* — Per quanto si attiene a questo primo diritto del concedente, non dobbiamo ripetere ciò che abbiamo precedentemente osservato, parlando della corrispondente obbligazione che è a carico dell'enfiteuta. Ci limiteremo a richiamare la disposizione contenuta nel numero

secondo dell' articolo 1958 del Codice: i crediti dei canoni hanno privilegio speciale sopra i frutti del fondo enfiteutico raccolti nell'anno, e sopra le derrate che si trovano nelle abitazioni e fabbriche annesse al fondo e provegnenti dal medesimo. Questo privilegio ha luogo pel credito dell' anno in corso e dell'antecedente.

2) *Atto ricognitivo.*—Ogni ventinove anni il concedente può chiedere la ricognizione del proprio diritto da chi si trova nel possesso del fondo enfiteutico. Per l'atto di ricognizione non è dovuta alcuna prestazione; le spese di essa sono a carico del possessore del fondo (art. 1563). Il Codice statuisce, che il concedente *può chiedere* la ricognizione. In molti casi la ricognizione non è necessaria, specialmente quando la prescrizione è stata interrotta. La locuzione dell' articolo 1563 corrisponde a quella dell' articolo 2136: il debitore di una rendita o di una prestazione annua qualunque, la quale debba durare per più di trent' anni, deve *a richiesta del creditore* somministrargli a proprie spese un documento nuovo dopo vent'otto anni dalla data dell'ultimo documento (1).

3) *Devoluzione.* — Il concedente può chiedere la devoluzione del fondo enfiteutico, qualora l' enfiteuta non preferisca di redimerlo a norma dell' articolo 1564: 1.° Se dopo una legittima interpellazione l'enfiteuta non ha pagato il canone per due anni consecutivi; 2.° Se l'enfiteuta deteriora il fondo o non adempie l'obbligazione di migliorarlo (art. 1565). Adunque, nel sistema del nostro Codice, si debbono distinguere tre cause di devoluzione, che esamineremo partitamente.

Prima causa. — Il concedente può chiedere la devoluzione, se, dopo una legittima interpellazione, l'enfiteuta non ha pagato il canone per due anni consecutivi. Il card. de Luca parla della devoluzione che cagiona *defectus solutionis*, ed osserva in proposito: « Rara vero hujus devolutionis, vel caducitatis est praxis; vel quia paupertatis, vel absentiae; seu carcerationis, aut alterius impedimenti, seu non perceptionis fructuum, de facili admittatur excusatio. » La equità canonica accolta dappertutto, *canonica aequitas ubique recepta*, fece prevalere questo sistema (2). Nelle province napoleta-

(1) V. Colamarino, *Del contratto di enfiteusi*, num. 18; Napoli, 1879.

(2) V. De Luca. *Summa de emphyteusi*, num. 38; Venetiis, 1726.

ne, nelle età passate, l'enfiteuta si ammetteva alla purgazione della mora, nel corso di un mese dalla sentenza che pronunziava la devoluzione; e venivano considerate come inefficaci, *de stylo notariorum, de forma curiali*, le rinunzie al benefizio della purgazione della mora. Questo sistema non potrebbe accettarsi sotto l'impero del Diritto moderno; il quale ha abbastanza favoreggiato l'enfiteuta col richiedere, per l'ammissibilità della domanda di devoluzione, il decorrimento di due anni consecutivi di mora dopo una legittima interpellazione. Una sentenza del Supremo Collegio di Napoli ha deciso, che la interpellazione deve *seguire* e non *precedere* i due anni di mora. « Per ragioni di favore e di protezione all'enfiteuta, si è creduto che nei casi di devoluzione *ob canones non solutos* per due anni, fosse egli avvisato per potersi mettere in regola, pagando, nel fine di evitare il danno della devoluzione; e quindi si è prescritta la interpellazione, la quale ha luogo quando per due anni consecutivi non si paghi il canone, non mai nel senso che dopo l'interpellanza debbono ancora decorrere due anni per ottenersi la devoluzione, come da alcuni si è pensato (1). » Questa interpretazione si ribella apertamente al testo chiarissimo della legge. È il vero caso di richiamare la massima dei Dottori: *erubescimus contra legem loqui*. È detto al numero primo dell' articolo 1565, che il concedente può chiedere la devoluzione del fondo enfiteutico, « se DOPO una legittima interpellazione l' enfiteuta non ha pagato il canone per due anni consecutivi. » Adunque la mora deve essere *posteriore* alla interpellazione. Il Mirabelli, propugnando la teoria accolta dalla Cassazione di Napoli, non ha dubitato di chiamare « un'opinione *singolare* » quella che noi abbiamo esposta (2). Ma, evidentemente, la *singolarità* deve attribuirsi alla intelligenza che il Supremo Collegio di Napoli ha voluto dare al testo preciso della legge, e che il Mirabelli ha creduto meritevole dei suoi suffragi. *Incivile est* attribuire al legislatore la ignoranza dei principî elementari della costruzione grammaticale.

---

(1) Corte di Cassazione di Napoli; sentenza dei 9 maggio 1883; nel *Filangieri*, anno IX, parte II, pag. 38.

(2) V. Mirabelli, *Delle garentie del dominio diretto secondo il Codice civile italiano*, num. 11; Torino, 1889.

Seconda causa. — Il concedente può chiedere la devoluzione, se l' enfiteuta deteriora il fondo. Insegnava il Voet: « Inter modos, quibus emphyteuta jure suo emphyteusios cadere, aut saltem exui potest, numerata quoque insignis deterioratio, corruptio et abusus enormior rei in emphyteusin datae, dum arbores frugiferae exscinduntur aliis haud repositis, terra paludosa effoditur, aliudve simile detrimentum notabile infertur, scienter dolo malo, aut culpa lata (1). » Incontrastabilmente i fatti accennati dal Voet si debbono ritenere efficaci a rendere ammissibile la domanda di devoluzione, sotto l'impero del Codice. Ma ciò che giova osservare si è, che, avuto riguardo alla terza causa di devoluzione, che il nostro Codice stabilisce, si deve procedere con un criterio più severo, in rapporto all'enfiteuta, nella estimazione dei deterioramenti. Questo concetto sarà chiaro, tenuto conto di ciò che sarà osservato circa la terza causa di devoluzione.

Terza causa. — Il concedente può chiedere la devoluzione se l'enfiteuta non adempie l'obbligazione di migliorare il fondo. Statuiva l' articolo 1702 delle Leggi Civili napoletane: « Se l'enfiteuta, lungi di migliorare il fondo, lo abbia per fatto suo o per sua omessione renduto notabilmente deteriore, il padrone diretto avrà, oltre alla rifazione de' danni, diritto di domandare la devoluzione. » Di qui si trae che, nel sistema delle Leggi napoletane, il concedente non poteva domandare la devoluzione quando l' enfiteuta aveva omesso di migliorare il fondo; per l'ammissibilità della domanda di devoluzione si richiedeva che l'enfiteuta avesse deteriorato il medesimo, e lo avesse *notabilmente* deteriorato. Il sistema deve giudicarsi irrazionale, imperciocchè le stesse Leggi imponevano all'enfiteuta l'obbligazione di migliorare il fondo; quindi, non riconoscendosi nella violazione di questo dovere una causa di devoluzione, il precetto della legge era orbato di una sanzione veramente efficace. Il nostro Codice, con miglior consiglio, avendo definita l'enfiteusi un contratto, col quale si concede un fondo *coll' obbligo di migliorarlo*, logicamente ha formato della infrazione di quest' obbligo una causa di devoluzione. Mentre nelle Leggi napoletane si dava diritto alla

---

(1) V. Voet, *Comm. ad Pandectas,* Lib. VI, tit. III, num. 46; Hagae-Comitum, 1731.

devoluzione , quando l' enfiteuta avesse per fatto suo o per omissione renduto notabilmente deteriore il fondo enfiteutico, il Codice italiano parla in generale di deterioramenti; imperciocchè, se l'enfiteuta non migliora il fondo , per questo solo fatto decade dalla concessione, ed ogni minimo deterioramento del fondo sarebbe una maggior ragione contro di lui per la devoluzione. Se poi ha migliorato il fondo, non si può considerare esistere deterioramento, quando questo è minore del miglioramento, perchè l'enfiteuta ha diritto di mutare la superficie del fondo. Ma, dal momento che il deterioramento superi il valore dei miglioramenti , si deve dar luogo alla devoluzione , perchè i miglioramenti si debbono considerare come non fatti (1).

Qualunque sia la causa per cui si domandi la devoluzione , l' enfiteuta ha sempre la facoltà di arginare il corso dell'azione, offrendosi pronto alla redenzione del fondo. Il Codice, nelle ipotesi su cui ci siamo precedentemente arrestati, riconosce nel concedente il diritto di chiedere la devoluzione del fondo, *qualora l' enfiteuta non preferisca di redimerlo*; così è detto espressamente nella prima parte dello stesso articolo 1565, dove sono enunciate le tre cause di devoluzione. La giurisprudenza ha interpretato esattamente il testo della legge. Ha deciso la Cassazione di Torino : l'affrancazione deve ammettersi, sebbene richiesta dopochè il concedente aveva domandata la caducità del contratto. La disposizione che ammette l'enfiteuta a redimere il fondo, « inspirata ai più sani principii di economia politica , è talmente assoluta, da non ammettere nessuna interpretazione restrittiva (2). » E la Cassazione di Roma : « Quando l'enfiteuta *preferisce* di redimere il fondo , il concedente non ha più il diritto di chiedere la devoluzione. Laonde per arrestare nel suo corso lo svolgimento dell'azione di caducità non altro occorre, che manifestare la preferenza da parte dell' enfiteuta a volere, più che risolvere l'enfiteusi in favore del domino diretto, redimere il fondo in favor proprio. Va bene inteso che questa manife-

(1) V. Colamarino, *Del contratto di enfiteusi*, num. 20 ; Napoli, 1879.

(2) Corte di Cassazione di Torino ; sentenza dei 2 maggio 1873 ; negli *Annali della giurisprudenza italiana*, anno 1873, parte I, pagina 329.

stazione dell'utilista deve essere seria, e non vana, nè fatta evidentemente a scopo di dilazionare il giudizio (1). »

Il Codice statuisce, nello stesso articolo 1565, che, chiesta dal concedente la devoluzione, per una delle cause ammesse dalla legge, « i creditori dell'enfiteuta possono intervenire nel giudizio per conservare le loro ragioni, valendosi anche all'uopo del diritto di affrancazione spettante all'enfiteuta, offrire il risarcimento dei danni e dare cauzioni per l'avvenire. » È lo stesso temperamento che il Codice stabilisce, quando, in tema di usufrutto, il proprietario domanda la cessazione del medesimo, per l'abuso che faccia l'usufruttuario del suo diritto. I creditori dell'usufruttuario possono intervenire nel giudizio per conservare le loro ragioni, offrire il risarcimento dei danni e dare cauzioni per l'avvenire (articolo 516). Ciò che vi ha di speciale in tema di enfiteusi è questo, che i creditori dell'enfiteuta possono avvalersi anche del diritto di affrancazione. E un' applicazione del principio, che i creditori possono far valere tutte le ragioni dei loro debitori (2).

Era quistione molto agitata fra i Dottori, se, in caso di devoluzione, potesse l'enfiteuta domandare un compenso pei miglioramenti da lui arrecati al fondo. La maggior parte dei Dottori distingueva due casi: quello in cui la devoluzione avveravasi per la scadenza del termine fissato alla enfiteusi; e l'altro, in cui la devoluzione si avverava per colpa dell'enfiteuta. Nel primo caso si concedeva il compenso, nel secondo si negava. Il Fachineo era poi di un rigore ingiustificabile. Egli negava qualunque compenso e nel primo e nel secondo caso. « Et moveor quia emphyteuta, ex natura contractus emphyteutici, tenetur fundum ac rem meliorare, ut verbum ipsum ostendit, quod significat meliorationem sive plantationem. Consequenter non potest meliorationes factas repetere; facit enim id, quia tenetur, unde res non potest parere liberationem et repetitionem (3). » L' ordinamento contenuto nel nostro Codice è conforme ai dettami della equità. Nel caso

---

(1) Corte di Cassazione di Roma; sentenza dei 10 giugno 1889; nella *Corte Suprema di Roma*, anno 1889, pag. 374.

(2) Verb. num. 49 della Commissione Coordinatrice.

(3) V. Fachineo, *Controversiarum juris*, Lib. I, Cap. XCII; Coloniae Agrippinae, 1660.

di devoluzione l'enfiteuta ha diritto al compenso pei miglioramenti da esso fatti al fondo enfiteutico. Tale compenso è dovuto sino alla concorrenza della minor somma che risulta tra lo speso ed il migliorato al tempo del rilascio del fondo, se la devoluzione è avvenuta per colpa dell'enfiteuta. Ove la devoluzione avvenga per la scadenza del termine fissato all'enfiteusi, il compenso è dovuto in ragione del valore dei miglioramenti al tempo del rilascio (art. 1566). Adunque, nel sistema del Codice, l'enfiteuta deve sempre essere compensato dei miglioramenti (*emponemata*); soltanto, la ragione del compenso è diversa, secondo che la devoluzione avvenga per colpa dell'enfiteuta, ovvero per la scadenza del termine fissato nell'atto costitutivo dell'enfiteusi.

VIII. Obbligazioni del concedente. — Le obbligazioni del concedente sono due. In primo luogo, egli deve consegnare il fondo dato in enfiteusi in potere e possesso dell'enfiteuta. In secondo luogo, deve garantire il fondo medesimo; e la garantia, allo stesso modo che in tema di vendita, riguarda sì il caso dell'evizione, sì i vizi e difetti occulti del fondo.

1) *Tradizione del fondo.* — Il concedente, come dianzi abbiamo avvertito, è obbligato a consegnare all'enfiteuta il fondo, perchè costui ne possa avere quel pieno godimento cui ha diritto. Ancora: il concedente deve consegnare la quantità promessa; e se per avventura siavi deficienza di tale quantità, l'enfiteuta avrà diritto ad una riduzione del canone, se e come in caso simile il compratore avrebbe diritto a diminuzione del prezzo. In altre parole, anche in tema di enfiteusi, debbono trovare la loro applicazione le regole sancite dal Codice negli articoli 1472 a 1479, in tema di vendita, e specialmente sotto la sezione della tradizione della cosa (1).

2) *Garantìa del fondo.* — Per analogia della vendita, l'enfiteuta ha il diritto di invocare dal concedente la garantìa per causa di evizione (2). Il concedente in rapporto all'enfiteuta, allo stesso modo del venditore in rapporto al compratore, deve garantire il *pacifico possesso* del fondo. E la garantìa si estende eziandio ai vizi o difetti occulti del fondo, che lo rendono non atto all'uso cui è destinato, o che ne di-

(1) V. Pacifici-Mazzoni, *Della enfiteusi,* num. 24; Firenze, 1882.

(2) V. Maynz, *Cours de droit romain*, Vol. II, § 231; Bruxelles, 1877.

minuiscono l'uso in modo che se l'enfiteuta gli avesse conosciuti, o non avrebbe acconsentito al contratto, o avrebbe offerto un canone minore. In tema di vendita abbiamo osservato che, in rapporto alle cose immobili, i *vizi redibitori* sono molto infrequenti. E la stessa osservazione deve valere in tema di enfiteusi. Anzi, avuto riguardo alla natura speciale dei fondi che si dànno in enfiteusi, dobbiamo soggiungere che, in caso di contestazione, l'autorità giudiziaria non sarà molto facile ad ammettere la garantìa.

IX. Estinzione dell'enfiteusi. — Vi sono delle cause di estinzione che derivano dai principî del Diritto comune, di cui il Codice non ha fatto speciale menzione sotto questo titolo; tali sono la confusione, l'avveramento della condizione risolutiva, la prescrizione, la risoluzione del diritto del concedente. Le cause di estinzione, di cui il Codice ha parlato, o di proposito o per incidenza, sotto questo titolo, sono le seguenti: 1.° Perimento dell'intero fondo (art. 1560); 2.° Retrocessione del fondo (art. 1560); 3.° Affrancazione (art. 1564); 4.° Devoluzione (art. 1565); 5.° Scadenza del termine fissato all'enfiteusi (art. 1566).

Abbiamo collocata la *prescrizione* tra i modi con cui può estinguersi l'enfiteusi. Il Codice statuisce, nel capoverso dell'articolo 2118, che ciascuno può prescrivere contro il proprio titolo in questo senso, che si può colla prescrizione conseguire la liberazione dall'obbligazione. Se dunque l'enfiteuta, per un trentennio, non ha pagato il canone, è liberato in séguito dalla sua obbligazione. Ora, il pagamento del canone è della essenza della enfiteusi. Estinta l'obbligazione di pagare il canone, deve ritenersi estinta l'enfiteusi. Sotto l'impero del Diritto intermedio, questa dottrina era universalmente respinta, avuto riguardo al concetto dell'enfiteusi che allora si aveva. Insegnava il Perezio: « Emphyteuta, etiamsi longissimo tempore, puta 30 vel 40 annis pensionem domino non solverit, non potest immunitatem a praestatione canonis consequi, neque directum dominium sibi praescriptione acquirere, quia quamdiu eo titulo possidet, non suo, sed alieno nomine possidet; qui autem alieno nomine possidet, praescribere nullo modo potest, uti nec mutare causam possessionis (1). » Questa teoria, sotto l'impero del Codice vigente, si

(1) V. Perezio, *Praelectiones in Codicem*, Lib. IV, tit. LXVI, numero 24; Amstelaedami, 1761.

trova accolta in una sentenza della Cassazione di Roma. « L'enfiteuta possedendo coll'intiero fondo, per la necessità del godimento del suo utile dominio, anche la parte del domino diretto, possiede questa parte non per sè ma per il direttario; nè può quindi, come possessore precario, prescrivere contro il proprio titolo la parte stessa, pel solo fatto dell'inazione, quanto mai prolungata, del direttario nell'esigere i canoni, inazione che se, per virtù della prescrizione, può indurre la liberazione del pagamento dei singoli canoni al di là di un certo tempo, non può mai operare la riunione dei due dominii nell'enfiteuta (1) » Il Mirabelli parimente ritiene che l'enfiteuta non possa mai prescrivere, per mancanza di pagamento del canone. « Noi che riteniamo, che il concedente sia il proprietario, e l'enfiteuta abbia un *jus* sul fondo del concedente, dobbiamo applicare l'articolo 2115, che regola i rapporti del proprietario col *conduttore*, l'*usufruttuario*, e generalmente con tutti coloro che tengono precariamente la cosa altrui, fra i quali deve annoverarsi l'enfiteuta. E quel che diciamo dell'enfiteuta, va detto per i suoi eredi, a qualunque titolo, e per coloro ai quali si trasmette il fondo come *enfiteutico*, non come bene libero dell'alienante (2). » Il Supremo Collegio di Roma ed il Mirabelli ritengono che non sia possibile la prescrizione, avuto riguardo a questa considerazione, che il concedente è il proprietario del fondo, e l'enfiteuta non è altro che un possessore precario del medesimo. Ma noi, nell'imprendere lo svolgimento di questa teoria dell'enfiteusi, abbiamo dimostrato che tale *conceptio* si ribella apertamente a tutto l'insieme delle disposizioni, da cui l'enfiteusi è governata nel sistema del Codice italiano. Ritenuto che il concedente non è *domino diretto* del fondo (e la giurisprudenza non ha il diritto di usare una espressione che la legge pensatamente non ha usata), ritenuto invece che proprietario virtuale del fondo è l'enfiteuta; da queste due premesse discende a modo di corollario la possibilità della prescrizione, quando per un trentennio non si è avverato il pagamento del canone.

---

(1) Corte di Cassazione di Roma; sentenza dei 28 maggio 1885; nel *Foro italiano*, anno 1885, parte I, pag. 971.

(2) V. Mirabelli, *Delle garentie del dominio diretto secondo il Codice civile italiano*, num. 7; Torino, 1889.

X. Guarentige del diritto dei creditori ipotecari nei casi di devoluzione e di affrancazione. — Il numero 3.° dell'articolo 1967 dichiara capaci d'ipoteca i diritti del concedente e dell'enfiteuta sui beni enfiteutici. Abbiamo più volte dovuto richiamare questo articolo, per spiegare le disposizioni racchiuse sotto il titolo *Della enfiteusi*. Ed ora abbiamo stimato opportuno di ricordarlo un'altra volta, per spiegare l'ultimo articolo sotto questo titolo. Statuisce il Codice, che nel caso di devoluzione le ipoteche acquistate contro l'enfiteuta si risolvono sul prezzo dovuto pei miglioramenti. Nel caso di affrancazione le ipoteche acquistate contro il concedente si risolvono sul prezzo dovuto per l'affrancazione (art. 1567). Troviamo di questo articolo del Codice una esattissima interpretazione, in una sentenza della Cassazione di Palermo, che vogliamo riferire: « Sotto l'impero delle leggi abolite, la massima parte degli scrittori e la giurisprudenza prevalente riconoscevano questo, che se sulla cosa enfiteutica devoluta le efficienze ipotecarie venivan meno, restavan però ferme sui miglioramenti che possibilmente avrebbe potuto farvi lo enfiteuta. Avvegnachè questi appartenevano a lui, che aveva impiegato i propri travagli, ed erogato delle spese. Ma siccome nel caso di devoluzione il fondo ritornava nel dominio del concedente unitamente alle fatte migliorie, così, onde rimaner lo enfiteuta garentito dello indennizzo dei miglioramenti, si consentiva che la ipoteca rimanesse allo scopo di ottenerne il valore sul prezzo. E venne la nuova legge, e trovò esistente la quistione, e coll'articolo 1567 intese rimuovere il dubbio, disponendo che nel caso di devoluzione le ipoteche contro l'enfiteuta si risolvono sul prezzo dovuto pei miglioramenti, e nel caso di affrancazione le ipoteche contro il concedente si risolvono sul prezzo dell'affranco. Non sembra dubbio che la disposizione fu dichiarativa e non già innovativa, e che la espressione, *si risolvono*, importa una specie di tramutamento, nel senso che l'enfiteuta ha la sua garenzia sul prezzo dei miglioramenti, garenzia però che si svolge realmente sulla cosa mercè l'ipoteca. Se così non fosse, la legge verrebbe frustrata in pregiudizio della proprietà immobiliare; poichè lo enfiteuta, che non è garentito per le spese che fa onde migliorar la cosa, difficilmente si determinerebbe a far simili contratti; mentre la legge stessa prescrive il diritto al compenso dei miglioramenti, il cui prezzo si paga dal

domino diretto che prende la cosa propria unitamente a quella che appartiene all'enfiteuta (1). »

XI. Considerazioni economiche in rapporto all'enfiteusi. — Prima di chiudere la trattazione intorno al contratto di enfiteusi, crediamo opportuno di riferire alcune osservazioni critiche da noi fatte, sul sistema del Codice italiano, in una monografia pubblicata nell'anno 1883, in appendice al volume ottavo della traduzione dei *Principes de droit civil* del Laurent. Il grave problema sociale che si rannoda all'ordinamento di questo contratto ci consiglia a ritornare sulle stesse considerazioni.

I compilatori del Codice italiano posero *ogni studio a disvestire il contratto d'enfiteusi d'ogni mistura di elementi feudali*: son parole del ministro Guardasigilli. Il mezzo per raggiungere questo scopo sarebbe stato molto agevole: ritornare alle tradizioni del Diritto romano. Invece, il nostro legislatore, intorno all'enfiteusi, accoglieva un sistema che trovasi perfettamente agli antipodi con quello del Diritto romano. Secondo il Codice italiano, stipulato appena il contratto di enfiteusi, il concedente non conserva che un semplice diritto reale sul fondo, che ormai appartiene all'enfiteuta. Costui può liberamente disporne sia per atto tra vivi, sia per testamento, senza chiedere nessun permesso al concedente. Questo disgraziato, il quale credeva di aver provveduto al miglioramento del suo fondo col prestare il consenso all'enfiteusi, mostra qualche velleità di veder chiaro nel governo del fondo; se, ad esempio, come dicevano i giureconsulti di Roma, *intempestiva cultura turbetur*. Tale pretesa l'enfiteuta non la può ammettere; e per liberarsi da ogni molestia, raccoglie il capitale in danaro corrispondente all'annuo canone sulla base dell'interesse legale, lo consegna al concedente e gli dice: ecco tutto quello che vi spetta, tutto ciò che il Codice mi obbliga a darvi. D'ora innanzi, se ardite mettere il piede nel *mio* fondo, io non mi contenterò più di ricorrere al Codice civile, che pure mi ha fatto tanto bene, io ricorrerò addirittura al Codice penale.

Sotto l'impero del Diritto romano, quando taluno dava il suo fondo in enfiteusi, era sicuro di non perdere la pro-

---

(1) Corte di Cassazione di Palermo; sentenza dei 2 giugno 1891; nel *Foro italiano*, anno 1891, parte I, pag. 1142.

prietà del medesimo. Il canone annuo non rappresentava il corrispettivo del godimento; era invece diretto a riconoscere la proprietà che rimaneva presso il concedente, *in recognitionem dominii.* Affidati da questa sicurezza, i proprietari con grande facilità davano i loro fondi in enfiteusi, come ci è attestato da documenti irrefragabili.

Nei mezzi tempi l'enfiteusi era frequentissima; e noi dobbiamo giudicarla contratto eminentemente *civile.* Mediante l'enfiteusi immense estensioni di terreno, aride ed incolte, diventarono campi ubertosi. Le chiese, contente al pagamento di un tenue canone, davano in enfiteusi la maggior parte delle terre loro lasciate dalla pietà dei fedeli, *pro remedio animae suae,* come si legge in tanti testamenti di quell'età. Queste concessioni erano desideratissime. Pietro della Vigna domandava terre in enfiteusi al Capitolo di Capua; e questo, appagando subito il desiderio del consigliere di Federigo, lo ringraziava dell'onore concessogli.

Oggi l'enfiteusi potrebbe rendere i medesimi servigi. Oggi noi troviamo proprietari che posseggono vasti terreni incolti e non hanno, chi la volontà, chi i mezzi di dissodarli personalmente; troviamo, dall'altra parte, una turba di coltivatori, *sine lare et sine tecto*, che stanchi di una vita che loro non assicura il pane del domani, fuggono in lontane contrade dove trovano o sperano di trovare questa sicurezza. Il contratto di enfiteusi renderebbe all'agricoltura quei terreni che ora sono perduti; darebbe la *certezza del domani* alla classe più meritevole delle considerazioni del legislatore.

Oggi la condizione dell'agricoltore non ha niente di stabile e di sicuro. O mezzadro, o fittuario. Ma la mezzadria e la locazione non lo rendono certo del domani; e che cosa è la vita senza la *certezza del domani?* Con qual diritto pretendete, che egli lavori dieci anni per dissodare un terreno, dal quale può essere scacciato nell' undecimo anno dal crudele proprietario? Il mezzadro e l'affittuario cercano di trarre il maggior profitto possibile dal fondo, pel tempo della mezzadria o della locazione; molte volte rovinano il fondo per ricavare prodotti superiori alle sue forze. Che importa il *domani* all'agricoltore, se per lui questo *domani* non esiste? Il Leroy-Beaulieu, nel suo bellissimo *Trattato della scienza delle finanze*, riferisce che le persone le quali vivono giorno per giorno son chiamate dagli Inglesi *from hand to mouth* (dalla

mano alla bocca), appunto per esprimere il concetto della vita incerta che esse sono costrette a menare.

Ma noi non sentiamo la necessità di provare ulteriormente la importanza del contratto di enfiteusi nello stato presente della società. Tale dimostrazione si trova compiuta nei lavori preparatorî del Codice. Questo contratto, dice il ministro Guardasigilli, *favoreggia grandemente i progressi dell'industria agricola.* Se il Codice Napoleone non ne parla, il silenzio è dovuto ad un *sentimento di ripugnanza a tutto quanto accennasse ad ordini feudali,* sentimento *permaloso,* osserva il ministro.

Ebbene, il nostro legislatore, pur confessando la utilità del contratto di enfiteusi, lo ha reso impossibile. Oggi il proprietario che vuol dare il suo fondo ad enfiteusi, deve rassegnarsi a perdere la proprietà del medesimo. Infatti, stipulato appena il contratto, l'enfiteuta, facendo tesoro della facoltà che gli concede la legge, paga il capitale del canone e redime il fondo da ogni soggezione.

Quale è stata la conseguenza del sistema adottato dal Codice? Quella che fu preveduta da uno dei migliori giuristi d'Italia, dal Gabba: « Di fronte al principio dell'affrancabilità estesa a tutte quante le enfiteusi, ci pare una contraddizione l'aspettarsi che nuove enfiteusi verranno in seguito costituite, e il porre de' principî generali intorno a questo contratto; imperocchè essendo lo scopo di chi concede un fondo in enfiteusi quello di procurarsi un'entrata, o perpetua, o temporaria per una serie determinata di anni, tale è appunto uno scopo che ad ogni tratto può venire frustrato dall'altro contraente, mediante l'affrancazione del canone, affrancazione, che non può impedire con nessun patto che tenga (1). »

Questo era l'effetto che, secondo il Gabba, dovea necessariamente derivare dal sistema consacrato nel Codice; e l'esperienza di tanti anni, quanti ne sono scorsi dalla promulgazione del Codice, confermava pienamente il vaticinio. Il contratto di enfiteusi trovasi scritto nel Codice; ma i cittadini non vi fanno ricorso, neanche in quelle province dove maggiormente è reclamato dai bisogni dell'agricoltura.

---

(1) V. Gabba, *Teoria della retroattività delle leggi,* Vol. III, Lib. III, Cap. V, § 9; Pisa, 1871.

Il legislatore dovea ben prevedere questa conseguenza del suo sistema. Il proprietario, il quale concede un fondo in enfiteusi, mostra apertamente la sua volontà di conservare il dominio del medesimo. Il fondo a lui presenta una guarentigia molto più sicura del capitale mobiliare. Se egli per avventura non tenesse conto di questa maggiore guarentigia, ricorrerebbe al contratto di vendita, non a quello di enfiteusi: quasi sempre il prezzo della vendita è superiore al capitale del canone enfiteutico; non essendo il canone il corrispettivo del godimento, succede che quando l'enfiteuta redime il fondo, il proprietario riceve una somma minore di quella che avrebbe ricavata dall'alienazione del suo predio.

Il nostro legislatore si è fatto dominare dal principio economico, che fa d'uopo favoreggiare la *libertà dei fondi.* Ma questo principio è stato ingiustamente applicato; imperciocchè la libertà dei fondi potevasi egualmente conseguire trattando allo stesso modo il concedente e l'enfiteuta. Ora noi troviamo nel Codice che la legge è larga di favori verso l'enfiteuta, anche negando i giusti diritti del concedente. Ad esempio, l'articolo 1565 favella della devoluzione a favore del concedente, perchè l'enfiteuta non ha pagato il canone per un certo tempo, ovvero ha deteriorato il fondo, ovvero non ha adempiuta l'obbligazione di migliorarlo. Allorchè il concedente chiede la devoluzione, si deve affermare ragionevolmente che lo scopo del nostro Codice è raggiunto, si ottiene la libertà del fondo. Ebbene, lo stesso art. 1565, prima di enunciare i casi di devoluzione, dice espressamente: *qualora l'enfiteuta non preferisca di redimere il fondo.* Dunque l'enfiteuta ha sempre la preferenza sul concedente, anche quando ha infranto i patti liberamente convenuti.

Di qui si trae, che quando si vuole assorgere al sistema del nostro Codice circa il contratto di enfiteusi, non basta dire semplicemente: il novello Codice ha stabilito il principio della libertà dei fondi. Bisogna soggiungere immediatamente: *a favore dell'enfiteuta*, anche quando il fondo, secondo tutti i principî di giustizia, dovrebbe ritornare libero nelle mani del concedente.

A taluni è sembrato poter giustificare queste larghezze verso l'enfiteuta, colla considerazione che il legislatore italiano, nel concorso del capitale e del lavoro, ha stimato opportuno di dare la preferenza al secondo. Questa giustifica-

zione a noi non pare che si possa accogliere. In primo luogo, la stessa proprietà del fondo è conseguenza del lavoro: non avrà lavorato personalmente il concedente, avranno lavorato i suoi autori, coloro che gli hanno trasmesso il dominio del predio. Quindi il legislatore non ha la scelta tra il capitale ed il lavoro; egli è largo di favori al lavoro presente, non si cura del lavoro passato. E questo discernimento della legge è ingiusto.

In secondo luogo, posta da banda questa osservazione intorno alla genesi della proprietà, che pure è fatta da solenni pubblicisti, e ricordiamo in particolare Adolfo Thiers, ognuno può accorgersi che non è savio ma leggiero consiglio consacrare nel Codice quel principio, che costituisce la base fondamentale di quei sistemi che ai giorni nostri minacciano di sconvolgere tutta quanta l'Europa civile. Quando voi, legislatori, mettete di fronte il capitalista e l'operaio, il proprietario e l'enfiteuta, e stabilite che quegli che ha lavorato la terra, anche per un giorno solo, merita maggior considerazione di colui che l'ha ricevuta dai suoi maggiori; quando voi, legislatori, stabilite questo principio, non vi accorgete che la date vinta a tutti coloro che portano scritta sulla loro bandiera appunto questa parola: *lavoro*? Ben è vero che voi vi contentate di una ristretta applicazione del principio; ed essi ne vogliono, ne pretendono, ne impongono, sì ne impongono cogli incendi, colle mine, colle uccisioni, l'applicazione completa, assoluta. Ma il principio è lo stesso. Allorchè fu enunciato dai Prudhon, dai Marx, dai Lassalle, tutti si commossero. Tutti esclamarono con Cicerone: « Quam autem habet aequitatem, ut agrum multis annis aut etiam saeculis ante possessum, qui nullum habuit, habeat; qui autem habuit, amittat? » (1). Questo principio ora assorge alla dignità di dettame legislativo; sì, riguardo all' enfiteusi, noi troviamo appunto che, secondo il sistema del Codice, *agrum, qui nullum habuit, habet; qui autem habuit, amittit.*

E poichè nessun proprietario può fare buon viso a questa teoria, così va spiegata la desuetudine del contratto di enfiteusi a cominciare dal 1866, primo anno dell'applicazione del Codice novello. Da quel tempo, ogni anno, a termini periodici, i giornali riferiscono due statistiche: quella dei terreni che

(1) V. Cicerone, *De officiis*; II, 22.

tuttora sono incolti, l'altra dei cittadini, la piupparte coltivatori, che, abbandonato il suolo dove pure si trovano le reliquie dei loro maggiori e le culle dei loro nati, emigrano in lontanissime regioni. Ogni anno ricompariscono quelle due statistiche; i numeri che compongono la prima restano quasi inalterati, quelli della seconda aumentano a dismisura: aumentano tanto, che taluno non ha dubitato di proporre un freno all'emigrazione. Con qual diritto si può impedire l'emigrazione? scriveva, agli albòri di questo secolo, una gloria del Foro napoletano, Giuseppe Raffaelli: « Quel suolo, egli dicea, dove l'uom nasce, e dov'egli si annida fino a che in lui la ragione si sviluppi e consolidi, ha tante e tali lusinghiere dolcezze; ha memorie sì care e sì tenere, ed ha forza d'abitudine sì potente, che, quasi calamita, ritiene nel suo perimetro ogni essere umano per non dover dipartirsene. Se rimpetto a nodi così tenaci e così generali, un cittadino si trovi, cui sorga la idea d'abbandonare la sua patria; di grazia, voi, che volete interdirglielo, voi Governi quanti più siete, diteci se sia tra i possibili che un tal cittadino si trovi bene nel suolo ove nacque? Diteci se verso costui ha la patria adempito il dovere di renderlo felice, siccome egli ne aveva il diritto (1)? »

Ogni anno, dicevamo, ricompariscono quelle due statistiche; e quasi nessuno s'è rivolta la domanda: qual mezzo vi sarebbe per scemare le cifre dell'una e dell'altra? Si renda possibile l'enfiteusi. L'agricoltore non andrà più lontano dai suoi, quando egli sarà sicuro di poter far godere i suoi figli del frutto dei suoi sudori. E queste fatiche dell'agricoltore, rese men gravi dalla certezza del domani, dall'amore dei figliuoli, dissoderanno gl'incolti terreni; come un tempo dissodarono quelle terre che, abbandonate com'erano prima dai loro proprietari, *Italiam perdidere*, al dire di Plinio.

Ci sia permessa un'ultima osservazione. Quasi tutta l'Europa civile ha mutuata dall'Inghilterra la forma rappresentativa nel governo degli Stati. Ma l'Inghilterra ci presenta ancora un altro principio degno di adozione. Il legislatore non deve sacrificare i bisogni della società ai principî assoluti; allora, la *Repubblica* di Platone dovrebbe dirsi il Codice per eccellenza. La *libertà dei dominii:* ecco uno di questi prin-

(1) V. Raffaelli, *Nomotesia penale*, II, 134; Napoli, 1824

cipî assoluti, che il nostro legislatore ha voluto applicare senza nessun riguardo a quelle necessità sociali che non si possono, e non si debbono disconoscere. Bella senza dubbio è la libertà dei dominii; ma sol quando essa non inceppa il progresso dell'industria agricola, quando non fa maledire al coltivatore quella terra che gli diede i natali (1).

APPENDICE

Della superficie.

BIBLIOGRAFIA. — 1.° Dittmar, *Dissertatio de superf. notione* (Lipsiae, 1810); — 2.° Langeron, *De la superficie* (Paris, 1877); — 3.° Chauveau, *De la superficie en Droit romain et en Droit français* (Paris, 1886); — 4.° Coviello, *Della superficie* (nell' *Archivio giuridico*, Vol. XLIX, pag. 3 a 195, anno 1892); — 5.° Lucci, *Del diritto di superficie* (nell'*Archivio giuridico,* Vol. LI, pag. 251 e seg., anno 1893).

Osservava Ugone Donello: « Jus superficiarium emphyteutico finitimum est. » Il Codice italiano, e lo determineremo di qui a poco, solo per incidenza accenna al diritto di superficie, nelle disposizioni racchiuse nel secondo Libro. Noi,

---

(1) A queste osservazioni critiche darà forza il giudizio del Bonghi: « Il prof. Giovanni Lomonaco ha scritto alcune parole sull' *Enfiteusi nel Codice civile italiano,* che dànno a pensare. Esso dimostra chiaramente come in omaggio ad una formula, la libertà dei dominii, si è venuto, colle disposizioni che regolano l'enfiteusi nel nostro Codice, ad arrecare danno all'agricoltura ed eccitamento all'emigrazione. Dare in enfiteusi, ora vuol dire bell'e bene alienare; con ciò si è venuto a distruggere il carattere di questa istituzione, e ad essa, che dava garanzia all'agricoltore ed al padrone della terra, si son venuti a sostituire la precarietà degli affitti ed il lavoro retribuito a giornate. In tal modo si viene mano mano costituendo una classe di agricoltori che non ama più una terra al cui miglioramento non ha alcun interesse. Sull'enfiteusi si è molto scritto, ma questo lato della questione è sempre degno di studio, specialmente ora che la questione agraria è più viva che mai. » (Nella *Cultura,* Vol. IV, pag. 237; Roma, 1883).

avuto riguardo alla osservazione dianzi riferita del Donello, che è esattissima, stimiamo opportuno di stabilire, in una speciale appendice, collegata allo svolgimento della teoria dell'enfiteusi, alcuni principî fondamentali sul diritto di superficie. Le raccolte della giurisprudenza attestano la importanza pratica di questa teoria anche sotto l'impero del Diritto moderno.

Il diritto di superficie è un diritto reale, che consiste nell'avere delle costruzioni, opere o piantagioni sopra un fondo appartenente ad altra persona. Così appunto è definito nell'articolo 1.° della Legge Belga, dei 10 gennaio 1824, che si trova illustrata con molta precisione e chiarezza di concetti dal Laurent, nei suoi *Principes de droit civil.* Sotto il nome di superficie, insegnava il Richeri: « id omne in jure venit, quod supra solum est, veluti arbores, plantae et potissimum aedificia. Superficiarius autem appellatur is, qui arbores vel aedificia in alieno solo, consentiente domino, posuit, atque ea lege, ut illis in perpetuum, vel ad longum tempus uti frui possit, soluta utique annua quadam pensione, prout convenerit (1). » Il Donello, meglio di qualunque altro scrittore, ha determinate le condizioni dal cui concorso risulta il diritto di superficie. Queste condizioni sono tre: *tria ad jus superficiarium constituendum necessaria.* In primo luogo, è necessario che il suolo sul quale si trovano le costruzioni e le piantagioni appartenga ad un'altra persona: *ut alienum sit solum, in quo habetur superficies.* E, veramente, la superficie importa che il superficiario non abbia la proprietà del suolo. In secondo luogo, è necessario che vi sia una superficie: *ut sit posita superficies in alieno solo.* Il Donello così spiega questa seconda condizione: « Est autem superficies aedificium per se intellectum, distinctum a solo; sic dicta, quia sit id quod supra faciem soli eminet, neque soli pars est. » Quando un edifizio è considerato come parte del suolo, non è più una superficie, è la proprietà assoluta del suolo che importa la proprietà di ciò che si trova al di

(1) V. Richeri, *Institutiones universae jurisprudentiae,* § 1354; Taurini, 1788. — E il Dernburg: « Superficiarrecht oder Platzrecht ist das vererbliche und veräusserliche dingliche Recht, ein Gebäude oder eine andere Anlage dauernd auf fremden Boden zu haben. » *Pandekten,* Vol. I, § 259; Berlin, 1885.

sopra o al disotto del medesimo. Ecco perchè, quando si vuole adoperare l'esatto linguaggio giuridico, non si dice che il superficiario ha un diritto sopra edifizi, si dice che ha un diritto sopra una *superficie*, ovvero sopra *edifizi superficiari;* e ciò per affermare il concetto, che il diritto non si riferisce agli edifizi stessi, i quali non si concepiscono senza il suolo, ma invece ha per oggetto le costruzioni considerate superficiariamente, fatta astrazione dal suolo (1). In terzo luogo, perchè si abbia il diritto di superficie, è necessario *ut ab illo, cui superficies tradita est, habeatur pro sua, quo possit, et de ea, ut de re sua, statuere* (2). In altre parole, il diritto di uso e di godimento del superficiario fa parte del suo patrimonio; egli lo trasmette ai suoi eredi; ne può disporre liberamente; può ancora costituire delle servitù per tutta la durata del medesimo (3).

Il contratto di *superficie* differisce dal contratto di *enfiteusi* in ciò, che quello non dà diritto che alla superficie, mentre che il diritto dell'enfiteuta si estende a tutto il fondo, *in universo praedio*. Insegna in proposito il sommo Cuiacio: « Superficiarius accipit solum ut superaedificet; emphyteuta ut aret, colat, serat, plantet. Superficiarius jus tantum habet in superficie; emphyteuticarius in universo praedio: hic pensitat vectigal, ille solarium (4). » E noi, svolgendo la teoria dell'enfiteusi, abbiamo determinata l'ampiezza dei diritti che si debbono riconoscere a favore dell'enfiteuta, specialmente sotto l'impero del Diritto vigente.

Il Codice italiano non interdice la concessione di un diritto di superficie, tostochè ammette l'esistenza distinta di una proprietà sotterranea, e consente all'accordo delle parti tutte le modalità possibili sulle relazioni del diritto del concedente con quello del concessionario, salva la libera trasmissibilità e la redimibilità. « Di tutta o parte di una superficie, come distinta dal suolo o dal sottosuolo, può bene aversi una

---

(1) V. Laurent, *Principes de droit civil,* Vol. VIII, num. 412.

(2) V. Donello, *Comm. de jure civili,* Lib. IX, Cap. XVI, num. 2 a 5; Lucae, 1763.

(3) V. Maynz, *Cours de droit romain,* Vol. I, § 152; Bruxelles, 1876.

(4) V. Cuiacio, *Recitationes solemnes,* ad L. 10 D. *familiae erciscundae* (Vol. VII, col. 500 e 501 dell'ediz. napoletana del 1758).

proprietà frazionaria, o una ragione di dominio utile, senza alcuna contraddizione coi principî del Codice civile italiano (1). » È mestieri ritenere che una superficie, come distinta dal suolo e sottosuolo, possa costituire oggetto di un diritto assimilabile a quello dell'enfiteuta; epperò, che, data la costituzione di un diritto di superficie, si ha un vero diritto su di un immobile, per sua natura cadente come tale sotto il disposto del numero 1.° dell'articolo 1967 Codice civile. Così, il diritto che taluno abbia acquistato, di occupare a perpetuità il soprassuolo di un fondo, coll'erigervi un fabbricato, non può qualificarsi come servitù prediale, per non aversi nella superficie un fondo dominante; non può pareggiarsi all'usufrutto, nè all'uso, perchè la superficie è di sua natura perpetua; ed inoltre, nel modo di goderne, il diritto del superficiario non è soggetto alle limitazioni che soffrono l'usufruttuario e l'usuario. « L'istituto della superficie deve ritenersi trapiantato nelle moderne legislazioni, con quei medesimi caratteri che aveva in Diritto romano, secondo il quale al superficiario competeva un vero e proprio diritto di dominio per sè stante, come è reso manifesto da una serie numerosa di testi; quali la L. 1, D. *de superficiebus*, §§ 1, 3, 6, 7, 8, 9; L. 73 in fine, 74 e 75, D. *de rei vindicatione;* L. 13, § 3, D. *de pignoribus;* L. 16, D. *de pignoratitia actione;* L. 15, D. *qui potiores in pignore* (2). »

Il diritto di superficie, decise il Supremo Collegio di Napoli, si può acquistare anche mercè la prescrizione. « Non v'ha chi possa negare di potersi acquistare il diritto alla superficie anco mercè la prescrizione, quando la legge dichiara essere essa un mezzo, con cui, col decorso di un tempo, e sotto condizioni determinate, taluno può acquistare un diritto. Però la dottrina, riconoscendo come fondamento giuridico della prescrizione il lungo, pacifico e non interrotto possesso della cosa con l'animo di farla propria da parte del detentore, trae razionalmente la conclusione, che non possa prescriversi oltre il posseduto. » Quindi, per potere acquistare la superficie del suolo o quella del lastrico covrente un fab-

(1) Corte di Cassazione di Roma; sentenza dei 6 dicembre 1881; nella *Legge,* anno XXII, Vol. I, pag. 2.

(2) Corte di Cassazione di Torino; sentenza dei 29 aprile 1886; nella *Legge,* anno XXVI, Vol. II, pag. 592.

bricato altrui, occorre, o che il possessore vi edifichi occupando intero lo spazio, o che lo rinchiuda ed isoli per modo, che ne rimanga egli esclusivo godente, rendendo impossibile al proprietario del suolo di goderne od usarne per qualsivoglia modo. Il proprietario quindi di uno spazio di terreno attiguo e non diviso da muro, od altro, dal lastrico solare, che covra allo stesso livello le sottostanti fabbriche del vicino, non può, mercè l'accesso su detto lastrico per passeggiarvi, esercitato per lo spazio di trent'anni, usucapire il dominio della superficie del detto lastrico, nè acquistare servitù su di esso, neanche nel caso in cui il proprietario del sottostante fabbricato non faccia atti di dominio sul medesimo (1).

Vogliamo, da ultimo, osservare che il Codice italiano in due articoli accenna al diritto di superficie. Nell'articolo 409, dove è detto che i mulini, bagni ed edifizi galleggianti si considerano come formanti una sola cosa con la fabbrica loro destinata, e col diritto che ha il proprietario di tenerli *anche sopra acque non sue*. Nell'articolo 448, dove si dice, che qualsiasi costruzione, piantagione od opera sopra o disotto il suolo si presume fatta dal proprietario a sue spese ed appartenergli, *finchè non consti del contrario,* senza pregiudizio però dei diritti legittimamente acquistati dai terzi.

150. Del contratto di locazione in generale.

Il contratto di locazione (giusta la terminologia del Diritto romano, *locatio et conductio,* od anche *locatio-conductio*) ha per oggetto le cose o le opere (art. 1568). Il Codice consacra un capitolo speciale allo stabilimento della teoria della locazione delle cose. Questo capitolo è distribuito in tre sezioni. Nella prima sono sancite le regole comuni alle locazioni delle case e dei beni rustici; in questa sezione troviamo gli ordinamenti circa il tempo pel quale è consentito dalla legge di stipulare la locazione degli immobili, la capacità dei contraenti, la sublocazione e la cessione dell'affitto, le obbligazioni del locatore e del conduttore, i diversi modi di estinzione della locazione. Nella seconda sezione sono conte-

---

(1) Corte di Cassazione di Napoli; sentenza dei 6 luglio 1889; nella *Legge,* anno XXX, Vol. I, pag. 668.

nute le regole particolari alla locazione delle case. Nella terza sezione si stabiliscono le regole particolari alla locazione dei fondi rustici. Un capitolo speciale è destinato allo stabilimento delle norme da cui è governata la locazione delle opere, distinguendo il legislatore tre principali specie di locazione di opere e d' industria. A questi due capitoli, dove si parla separatamente della locazione delle cose e della locazione delle opere, va innanzi un capitolo che ha per rubrica: *Disposizioni generali*. Il primo articolo, contenuto sotto questo capitolo preliminare, determina il duplice oggetto del contratto di locazione; e noi già lo abbiamo richiamato. L' articolo 1569 definisce la locazione delle cose, e l'articolo 1570 definisce la locazione delle opere. Una definizione che abbraccia tanto la locazione delle cose quanto la locazione delle opere ci è data dallo Zachariae, in questi termini: La locazione è un contratto con cui una delle parti, mediante un prezzo che l'altra parte si obbliga di pagarle, assume l' obbligazione o di procurarle per un determinato tempo l' uso od il godimento di una cosa *(locatio rerum)*, o di prestarle temporaneamente i suoi servigi *(locatio operarum)*, o di fare per conto di essa un'opera determinata *(locatio operis)* (1).

A) La locazione delle cose trovasi così definita nell' articolo 1569: un contratto, col quale una delle parti contraenti si obbliga di far godere l'altra di una cosa per un determinato tempo, e mediante un determinato prezzo che questa si obbliga di pagarle. Da questa definizione si trae, che tre condizioni sono richieste per la essenza della locazione delle cose:

1.° Cosa. — In generale si possono locare tutte le cose mobili ed immobili. Ben è vero che il Codice nostro, sulle

---

(1) V. Zachariae, *Cours de droit civil*, Vol. II, § 361. « Miethe *(locatio conductio)* ist der Vertrag kraft dessen ein Contrahent (Vermiether, *locator*) dem andern den Gebrauch entweder einer Sache oder Arbeitskraft, und dieser (Miether, *conductor*) dagegen jenem eine Summe Geldes (Miethszins, *merces*), zu gewähren verspricht. » Eck, nel *Rechtslexicon* dell' Holtzendorff, verb. *Miethe;* Leipzig, 1871. — Il Pacioni assegna questa etimologia della voce *locazione:* « Dicitur locatio a verbo locare, quod significat ponere in loco, quasi qui locat domum vel fundum ponat alium in domo vel fundo. » *Tractatus de locatione et conductione,* Cap. I, num. 18; Romae, 1677.

orme del francese, si occupa in modo speciale solo della locazione delle case e dei beni rustici. Ma, come osservò il Mouricault, nel Rapporto fatto al Tribunato, le regole stabilite per la locazione delle case e dei beni rustici si applicano per analogia e per quanto la natura delle cose lo permette, alla locazione delle altre cose immobili ed a quella delle cose mobili (1). Vuolsi qui osservare, che vi sono: A) Delle cose che si possono vendere, ma non locare; ad esempio, le cose fungibili, ammeno che non si diano *ad ostentationem;* B) Delle cose che non si possono vendere, ma si possono locare; ad esempio, gl'immobili dotali; C) Delle cose che non si possono nè vendere, nè locare; ad esempio, i diritti di uso e di abitazione e le servitù separate dal fondo cui servono.

Abbiamo detto, che le cose fungibili non possono costituire oggetto del contratto di locazione. Ma qui vuole essere ricordata una dottrina accolta dal Supremo Collegio di Roma: che ben può costituire oggetto di locazione una *universitas rerum*, tuttochè constante di cose fungibili. Le cose, che costituiscono l'universalità di fatto: « come il fondaco, il gregge, si considerano giuridicamente quali singoli corpi, che, malgrado le mutazioni, rimangono sempre gli stessi, *unum et idem corpus*. In conformità di che si ritenne, per simili cose, esperibile la *vendicatoria,* che è azione singolare; il tutto perchè, secondo la frase di Cuiacio che racchiude la sintesi di tutta la teoria, *quasi uno spiritu continetur*. Ed è appunto nella raffigurazione giuridica di enti siffatti, o, in altri termini, nella identità loro obiettiva, che vuolsi ravvisare la vera ed unica ragione, onde, senza manomettersi in verun modo i principî che regolano le locazioni e conduzioni, possono dessi dar vita a contratti di tal specie (2). » Una dottrina opposta a quella accolta dal Supremo Collegio di Roma fu seguìta dalla Corte di appello di Torino: le cose fungibili non possono formare oggetto di un contratto di locazione, e quindi un fondaco o negozio non può essere oggetto di questo contratto. E noi, ponderata maturamente la quistione, crediamo di dovere accogliere questa teoria. Ripetiamo il frammento del giureconsulto romano: *aliquando sic placebat, sed nunc*

(1) V. Zachariae, *Cours de droit civil,* Vol. II, § 362.

(2) Corte di Cassazione di Roma; sentenza dei 24 novembre 1882; nella *Legge,* anno XXIII, Vol. I, pag. 1.

in melius me vocat Sabini sententia. Osservò la Corte di Torino, che, se carattere essenziale della locazione è la semplice concessione del godimento della cosa, e se principale dovere del conduttore si è quello di restituire la cosa nello stato medesimo in cui l'ha ricevuta in conformità della descrizione che ne sia stata fatta (art. 1585), non possono di necessità formar oggetto di locazione le cose che si consumano coll'uso. « Il faut excepter (disse il tribuno Mouricault) les choses qui se consomment par l'usage, comme l'argent comptant, le blé, le vin etc., parce qu'elles ne peuvent se rendre identiquement au bailleur. » Colla locazione non si trasferisce al conduttore nè dominio, nè possesso. Ad essa sono per analogia applicabili anche le massime relative al comodato; *rei commodatae et possessionem et proprietatem retinemus*. Non vale addurre in contrario, che in fatto alcune cose consumabili coll'uso possono entrare nella locazione, come le sementi, la paglia, il letame, le scorte di un podere, perocchè tali cose sono comprese nella locazione in forza del diritto di accessione, o per destinazione del proprietario, locchè fa sì che per finzione di legge cambino natura. Lo stesso al sicuro non si può dire rispetto alle merci di un negozio, perocchè esse non ne sono un accessorio necessario e non seguono la condizione della cosa principale, oggetto di contratto. Nè varrebbe obbiettare trattarsi nel caso concreto della locazione di una *universitas rerum,* nella quale il *corpus,* per quante mutazioni succedano nelle singole individualità che lo compongono, è sempre lo stesso, perocchè non bisogna dimenticare che carattere essenziale della locazione si è che il dominio della cosa spetta sempre al locatore, che debito del conduttore è di restituire l'identica cosa, e che una cosa che coll'uso si consuma, eccetto il caso in cui si identifichi per accessione all'oggetto principale, non è suscettiva per sua stessa natura di locazione. Ed il richiamo che si fa alle disposizioni relative ai contratti di soccida, per sostenere che è ammessa la locazione di una *universitas rerum*, sta contro l'assunto, perocchè quelle disposizioni dimostrano che quando il legislatore volle fare eccezione alla definizione generale del contratto di locazione, espressamente lo disse, e ne determinò le norme. Osservò ancora la Corte, che non si può invocare, per combattere questa dottrina, una sentenza del giureconsulto Scevola (L. 34, D. *de pignoribus et hypothecis*). A parte la

considerazione, che mal si possono invocare per il contratto di locazione norme relative al pegno e all' ipoteca, se nel Diritto romano era ammesso il pegno e l' ipoteca tacita ed occulta, nel sistema del Diritto moderno il pegno per produrre privilegio deve essere consegnato al creditore e deve risultare da documento scritto, e l'ipoteca deve rendersi pubblica col mezzo della iscrizione (1).

2.° Prezzo. — Questo prezzo rappresenta il valore del godimento. Il prezzo deve raccogliere due requisiti; deve essere *serio* e *determinato*. Ha deciso il Supremo Collegio di Napoli che, nella locazione delle cose, il prezzo può essere soddisfatto con qualsiasi corrispettivo che ne rappresenti la valuta. « È erronea l'affermazione, che il prezzo della locazione d'una casa esclusivamente debba essere in moneta, od in frutto; invece la voce *prezzo* genericamente usata è l' equivalente che il proprietario stima conveniente prendere o ritenere pel godimento che ne ha conceduto ad altri. Così può esser prezzo di locazione la riparazione o l'adattamento che l'inquilino assume della casa locatagli; così la prestazione di opera cui l'inquilino si obbliga per compensarsene con la pigione; così l'impegno d'educare un certo numero di giovani ad una professione, ovvero ad un' arte e corrispondere loro bensì una determinata mercede; perchè tutte queste modalità retributive dell'ottenuto godimento rappresentano la valuta che hanno le riparazioni, gli adattamenti, la prestazione d' opera, l'impegno di educare pur pagando una tenue e proporzionata mercede e simili, e costituiscono quell'equivalente e quel corrispettivo, che è appunto il *prezzo* genericamente inteso che fa d'uopo si trovi nella locazione d'una cosa (2). » Noi non possiamo accettare questa teoria seguìta dal Supremo Collegio di Napoli. In tema di locazione delle cose, il Diritto moderno, per quanto si attiene agli elementi costitutivi del contratto, ha calcato le orme del Diritto antico. Ora, come insegna il Voet, trattandosi della locazione delle cose, il prezzo *consistit regulariter in numerata pecunia,* ma può consistere ancora

(1) Corte di appello di Torino; sentenza dei 21 maggio 1889; nel *Foro italiano*, anno 1889, parte I, pag. 1326.

(2) Corte di Cassazione di Napoli; sentenza dei 7 gennaio 1895; nella *Gazzetta del procuratore,* anno XXVI, num. 47 (8 maggio 1895).

in certa fructuum ponderatione vel mensura (1). Ed il Perezio: « Pretium proprie emptioni convenit, et merces conductioni; in eoque specialiter differunt, quod pretium non nisi in pecunia numerata consistere possit, merces non solum in pecunia, sed etiam in aliis rebus, quae pondere, numero vel mensura constant (2). » In tema di locazione delle cose, a differenza di quello che si avvera nella vendita, il prezzo può consistere ancora in una determinata quantità di frutti. Ma, quando colui al quale si è concesso il godimento di una cosa non si obbliga a pagare una somma di danaro, nè si obbliga a consegnare una determinata quantità di cose che *pondere, numero, vel mensura constant,* in tal caso si ha un contratto innominato, non una locazione.

3.° Consenso. — Il consenso può essere *espresso* o *tacito*. Il consenso si presume quando, allo spirare della locazione, il godimento del conduttore continua senza opposizione da parte del locatore; vi è allora una *tacita riconduzione*.

Il contraente che si obbliga a procurare il godimento della cosa chiamasi *locatore*. Il contraente che si obbliga a pagare il prezzo come corrispettivo del godimento è designato sotto la denominazione generica di *conduttore*, e sotto le denominazioni speciali di *inquilino*, quando la cosa locata è una *casa*, e di *affittuario*, quando la cosa locata è un fondo rustico. La locuzione del Codice italiano a tal riguardo deve giudicarsi del tutto rispondente alla proprietà del linguaggio giuridico. « Urbani praedii conductor dicitur *inquilinus;* conductor praediorum rusticorum vocatur aliquibus in locis *affictuarius.* » Così il Pacioni (3).

Il Codice austriaco, nel paragrafo 1091, in tema di locazione stabilisce un criterio speciale per determinare la nozione del contratto. « Nel contratto di locazione e conduzione si distingue se la cosa conceduta ad uso produca utilità senz'altra fatica, ovvero se non ne produca che impiegando fatica ed industria. Nel primo caso il contratto chiamasi di pi-

(1) V. Voet, *Comm. ad Pandectas*, Lib. XIX, tit. II, num. 8; Hagae-Comitum, 1731.

(2) V. Perezio, *In Codicem,* Lib. IV, tit. LXV, num. 3; Amstelaedami, 1761.

(3) V. Pacioni, *De locatione et conductione,* Cap. I, num. 25 e 27; Romae, 1677.

gione, nel secondo di fitto. » Ci siamo limitati a richiamare la distinzione del Codice austriaco, ed aggiungiamo soltanto che l'Unger ha fatto delle profonde e giuste considerazioni sulla medesima (1).

Il contratto di locazione delle cose è un contratto bilaterale, a titolo oneroso e commutativo. È bilaterale, imperciocchè i contraenti, il locatore e il conduttore, si obbligano reciprocamente fra loro. È a titolo oneroso, imperciocchè ciascuno dei contraenti intende, mediante equivalente, procurarsi un vantaggio. È commutativo, imperciocchè, in tema di locazione, il vantaggio è accertato, in virtù del contratto, sino dall'inizio.

Anche sotto l'impero del Diritto moderno si deve accettare la dottrina svolta dal Voet, che dal contratto di locazione promana, non un diritto reale, ma un semplice diritto personale. La importanza di questa teoria si ravvisa specialmente nel caso che il proprietario abbia separatamente locata la cosa a due diverse persone. Insegnava il Voet: « Si duobus separatim res eadem, veluti domus, elocata fuerit, usus ipsius intuitu potior haberi debet, cui prius a locatore usus aedium concessus est, sive is prior sive posterior conductor sit; cui consequens est, ut conductor alter ob non praestitum rei usum ad id quod interest contra locatorem experiatur (2). » Sotto l'impero del Codice italiano, il Pacifici-Mazzoni svolge la stessa dottrina. Dacchè il contratto di locazione non conferisce un diritto reale, ma personale, è evidente che, se una cosa sia stata locata successivamente a più persone, è preferito quello fra più conduttori che ha avuto il possesso della cosa, quantunque il suo titolo sia di data

(1) V. Unger, *System des österreichischen allgemeinen Privatrechts*, Vol. I, § 48, nota 16; Leipzig, 1876.

(2) V. Voet, *Comm. ad Pandectas*, Lib. XIX, tit. II, num. 15; Hagae-Comitum, 1731. Questa dottrina era pure insegnata da Cesare Ursillo, nelle sue dotte ed argute annotazioni alle *Decisioni* del S. R. C. raccolte dal de Afflictis. Dopo di avere enunciata la teoria, che tra due conduttori deve essere preferito *qui primo habuit possessionem*, soggiunge: « Tu autem, lector amantissime, si haec non placent, cum casus contigerit, poteris maturius cogitare, et melius investigatum eligere. » V. De Afflictis, *Decisiones Sacri Regii Consilii Neapolitani*, Decis. CCXXXVIII, Annot. num. 7; Venetiis, 1635.

posteriore; perocchè gli altri, non aventi azione reale, non possono agire contro di lui, sibbene contro il locatore col-l'azione personale nascente dal contratto, per costringerlo al-l'adempimento dell'obbligazione di consegnare la cosa; adempimento per lui impossibile, non potendo espellere dalla cosa locata il conduttore che la tiene. Essi quindi non possono conseguire contro il locatore che i danni per l'inadempimento dell' obbligazione di consegnare la cosa (art. 1165). Se nessuno dei conduttori abbia avuto il possesso della cosa, deve essere preferito quello che ha il titolo di data certa anteriore, giusta la regola: *prior in tempore, potior in jure* (1).

B) Il Codice, nell'articolo 1570, riunisce le due specie, *locatio operarum* e *locatio operis*, sotto la denominazione generale di *locazione delle opere*, che definisce: un contratto, per cui una delle parti si obbliga a fare per l'altra una cosa mediante la mercede pattuita.

Nella locazione delle opere chi è il locatore, chi il conduttore? Secondo Ulrico Ubero, così l'uno come l'altro contraente è allo stesso tempo locatore e conduttore (2). Secondo Pothier, è locatore colui che si obbliga a pagare, e conduttore colui che riceve il prezzo (3). Secondo Cuiacio, il contraente che ha preso l' iniziativa, che ha sollecitato l' altro, che ha data l'impulsione *(si tu me rogas et ultro mihi tuam operam defers)*, dovrà dirsi locatore, ed avrà l'azione *locati*; l'altro dovrà dirsi conduttore, ed avrà l' azione *conducti* (4). Giusta la definizione che l'art. 1570 ci porge della locazione delle opere, deve dirsi che l' operaio è locatore, quegli che paga il prezzo è conduttore. L'industria dell'uomo è il punto capitale, la base della convenzione.

Gli elementi essenziali della locazione delle opere sono

---

(1) V. Pacifici-Mazzoni, *Trattato delle locazioni*, num. 34.

(2) « In locatione rerum conductor est, qui rem accipit fruendam et dat mercedem. Locator, qui dat rem fruendam et mercedem accipit. In factis uterque locator et conductor est... Fabri, hortulani operam conduco. Faber, hortulanus operam locat suam; poculum, hortum conducit. » Ubero, *Institutionum*, Lib. III, tit. XXV, num. 9; Lipsiae, 1725.

(3) V. Pothier, *Louage*, num. 392.

(4) V. Cuiacio, *Observationum*, Lib. II, Cap. 28, *De locatoris et conductoris nominum differentia;* Neapoli, 1758.

tre: 1.° *Consenso*. Non crediamo che sia qui necessario ripetere quanto altrove abbiamo detto circa questo elemento essenziale di ogni contratto; 2.° *Prezzo*, chiamato *merces* dai giureconsulti romani; 3.° *Un' opera da farsi*. L'opera deve essere possibile; imperciocchè *impossibilium nulla est obligatio* (L. 105, D. *de reg. juris*). L'opera inoltre non deve essere proibita dalla legge o contraria ai buoni costumi (1).

La locazione delle opere è un contratto, per cui una delle parti *si obbliga a fare per l'altra una cosa*. Il mandato importa l'obbligazione di *compiere un affare* per conto di una persona che ne ha dato l'incarico. Nell'uno e nell'altro contratto, nella locazione di opere e nel mandato, troviamo questo elemento: una persona compie un'opera, un affare per un'altra persona. In che dunque il mandatario differisce dal locatore di opere? Si potrà forse equiparare un Ortensio, un Cicerone al manuale, al giornaliere?

Il Troplong con molta energia combatte la teoria, che vorrebbe pareggiare la condizione di un operaio qualsiasi con quella dell'avvocato che difende la vita e le sostanze dei cittadini, del medico che loro ridona la sanità, del professore che l'indirizza pel cammino delle scienze e delle lettere. Ciò che distingue la locazione di opere dal mandato è il prezzo. Il locatore di opere riceve la mercede; e quando il conduttore l'ha pagata, *mercede soluta, non manet officio debitor ille tuo*. Il mandatario non riceve mercede. Ben è vero che talvolta il mandato non è gratuito; ma in tal caso ciò che riceve il mandatario non è una *mercede*, è un *onorario*, che non può pareggiare il valore dell'officio che ha compiuto.

Questa è la teoria del Troplong. Egli non ravvisa, quando taluno si obbliga di fare una cosa per un'altra persona, che una locazione di opere od un mandato, secondo che v'è o no prezzo. Con tutto il rispetto che professiamo verso la dottrina dell'insigne giurista, dobbiamo dichiarare che la sua teoria ci sembra incompleta.

Mandatario è colui che si obbliga di compiere un affare *per conto* di un'altra persona da cui ne ha avuto l'incarico. Ora, come può conciliarsi con questa nozione il fatto del medico e del professore di scienze e di lettere? Il medico presta le sue cure *per conto* dell' ammalato? Il professore insegna

---

(1) V. Troplong, *Louage*, num. 64.

per conto del discepolo? Ciò non può dirsi; ed, ove si dicesse, sarebbe inesatto.

D'altra parte affermeremo forse, che l'opera del medico e del professore deve pareggiarsi a quella del vetturino, del fabbro e del muratore? Neanche. È necessario accettare una distinzione, che salvi la dignità delle *arti liberali*, ma che nel contempo non si opponga ai principî ineluttabili del Diritto. Quando, in ricompensa dell'opera che si presta, si riceve un prezzo, *merces*, si ha locazione di opera. E questo contratto intercede col fabbro, col vetturino, col muratore. Quando si riceve un onorario, non vi sarà locazione d'opera, ma neppure vi sarà sempre un mandato. Deve farsi una distinzione. Se l'ufficio si compie *per conto* di un'altra persona, si avrà un mandato; e ciò si avvera, ad esempio, nel caso del *procurator ad lites*. Se invece l'ufficio non si compie *per conto* di un'altra persona, si avrà un contratto innominato *facio ut des;* e ciò si avvera per l'ufficio che si presta dal medico e dal professore.

151. Della locazione delle cose.

Bibliografia. — 1.° Mudaeus, *De contractibus et in specie de locationibus* (Lovan. 1563); — 2.° De Vergeriis, *Axiomata juridica de locatione et conductione* (Tubing. 1589);—3.° Pansemann, *Quaestiones circa materiam conductionis locationis et fortuitorum casuum* (Jenae, 1596);—4.° Caroccii, *Tractatus locati et conducti* (Venetiis, 1604); — 5.° Scapuccinus, *Tractatus de successore singulari, an et quando teneatur stare coloniae vel locationi* (Venetiis, 1622); — 6.° Pacioni, *De locatione et conductione* (Romae, 1677); — 7.° Rulant, *De jure expellendi conductores, quod singularibus successoribus competit* (Ultrai. 1690); — 8.° Romani, *De remissione contractus locati conducti ob metum spectrorum* (Lipsiae, 1703); — 9.° De Luca, *De locatione et conductione* (Venetiis, 1726);—10.° Beck, *De conductore in locatorem juste retorquente paroemiam:* Kauff bricht Miethe (Altorf. 1745); — 11.° Pothier, *Traité du contrat de louage* (Paris, 1771);—12.° Thomasii, *De non rescindendo contractu conductionis ob metum spectrorum* (*Dissertationum academicarum,* Disc. LXXXVII, Halae-Magdeburgicae, 1773); — 13.° Albrecht, *De remissione mercedis ob sterilitatem indulgenda* (Goett. 1779); — 14.° Froio, *Monografia dei casi fortuiti dettata in occasione della*

malattia delle uve (Napoli, 1854);—15.° Pacifici-Mazzoni, *Della risponsabilità dei conduttori in caso d' incendio* (nell'*Archivio giuridico*, Vol. II, anno 1868);—16.° Pacifici-Mazzoni, *Delle locazioni* (Firenze, 1872); — 17.° Turazza, *Cenni sulla licenza nelle locazioni di fondi rustici* (nell' *Archivio giuridico*, Vol. XIV, anno 1875);—18.° Colamarino, *Del contratto di locazione* (Napoli, 1876);—19.° Brière, *Du louage des choses* (Paris, 1876); — 20.° Sayet, *Des locations rurales* (Paris, 1881); — 21.° Lajonie, *De la location des immeubles ruraux* (Laval, 1882); — 22.° Scialoia, *Sulla locazione dell'esercizio di un fondaco e sulla proprietà delle merci in esso esistenti* (nel *Foro italiano*, anno 1883, parte I, pag. 705 e seg.);—23.° Batbie, *De la loi du 5 janvier 1883 sur les risques locatifs* (nella *Revue critique de législation*, dic. 1884); — 24.° Guillouard, *Traité du contrat de louage* (Paris, 1884); — 25.° Sauzet, *De la responsabilité des locataires vis-à-vis du bailleur en cas d'incendie* (Paris, 1885);—26.° Lomonaco, *Il contratto di locazione nel Codice francese e nel Codice italiano* (App. alla traduz. dei *Principes de droit civil* del Laurent, Napoli, 1885);—27.° Polacco, *Appunti sulla locazione* (nella *Rivista italiana per le scienze giuridiche*, Vol. IV, anno 1887); — 28.° Planiol, *L'usufruitier est-il responsable en cas d'incendie comme le serait un locataire?* (nella *Revue critique de législation et de jurisprudence*, maggio 1888);— 29.° Benaglia, *Trattato teorico pratico delle locazioni* (Napoli, 1888); — 30.° Parenty, *Des obligations du locataire d'immeubles bâtis, principalement en cas d'incendie* (Paris, 1888); — 31.° Blachez, *De la responsabilité des locataires en cas d'incendie* (Mayenne, 1891); — 32.° Simoncelli, *Trattato delle locazioni dei predii urbani e rustici* (Roma, 1892); — 33.° Giacobone, *Deterioramenti di cosa locata, frodi ad occultarli, rimedi giuridici* (Varzi, 1892); — 34.° Simoncelli, *La sublocazione e la cessione dell'affitto* (nell'*Archivio giuridico*, Vol. XLIX, pag. 269 a 282, anno 1892); — 35.° Bianchi (Ferd.), *Il risarcimento dei danni per causa d'incendio tra proprietario e inquilino* (nel *Foro italiano*, anno 1893, parte I, pag. 188 e seg.);—36.° Yseux, *Nature du droit du preneur dans le contrat de louage* (nella *Revue critique de législation*, anno 1893, pag. 102 a 119);—37.° Simoncelli, *Sulla responsabilità del conduttore per l'incendio* (nel *Foro italiano*, anno 1893, parte I, pag. 376 e seg.);—38.° Desvaux, *Du louage des biens ruraux* (Paris, 1893); — 39.° Brugnon, *Des souslocations et cessions de bail* (Paris, 1894).

La locazione delle cose *proxima est venditioni et emptio-*

ni, come osservarono i giureconsulti romani. Vi sono nondimeno tra i due contratti delle differenze notevolissime:

A) La vendita trasferisce la proprietà della cosa; invece la locazione trasferisce solo il godimento della cosa. Il locatore, in forza del contratto, è tenuto al *praestare uti frui licere,* a vantaggio del conduttore.

B) Nella vendita il prezzo deve consistere necessariamente in una somma di danaro. Invece, nella locazione il prezzo può risultare non solo da una somma di danaro, ma eziandio da una determinata quantità di derrate quali che siano, od in una porzione dei frutti che la cosa può produrre.

La locazione, allo stesso modo dell'usufrutto, dà il godimento della cosa altrui; ma ecco le differenze tra la locazione e l'usufrutto:

A) L'usufruttuario ha un diritto reale, in forza del quale segue la cosa in qualunque mano faccia passaggio. Il conduttore non ha alcun diritto reale; in caso di molestia, non può esercitare che un'azione personale contro il locatore.

B) Nell'usufrutto il proprietario è obbligato unicamente a lasciar godere l'usufruttuario, al *pati frui*. Invece, nella locazione il locatore è tenuto a far godere il conduttore; è questa una delle sue principali obbligazioni, la cui inosservanza dà diritto a domandare la risoluzione del contratto.

C) L' usufruttuario prende le cose nello stato in cui si trovano. Invece, il conduttore ha il diritto di esigere che gli siano consegnate in buono stato locativo. Questa differenza tra il diritto dell' usufruttuario e quello del conduttore trovasi stabilita in termini espressi negli articoli 496 e 1576 del Codice.

Seguendo l'ordine accolto dal legislatore, parleremo distintamente: 1.° Delle regole comuni alle locazioni delle case e dei beni rustici; 2.° Delle regole particolari alla locazione delle case; 3.° Delle regole particolari alla locazione de'fondi rustici. E, nello svolgimento delle diverse teorie del Codice, ci studieremo di essere chiarissimi.

I.

Delle regole comuni alle locazioni delle case e dei beni rustici.

Questa sezione racchiude disposizioni importantissime, e noi, per amore di chiarezza, crediamo opportuno di esaminarle facendone una distribuzione scientifica.

1.° *Tempo pel quale è permesso di stipulare la locazione di immobili.* — Le locazioni d'immobili non possono stipularsi per un tempo eccedente i trent'anni. Quelle che venissero fatte per un maggior tempo s'intendono ristrette ai trent'anni, computabili dal giorno in cui ebbero principio. Qualunque patto contrario è di nessun effetto. Trattandosi di locazione di una casa per abitazione, può pattuirsi che la medesima duri tutta la vita dell'inquilino e anche sino a due anni dopo. Le locazioni dei terreni affatto incolti, che si fanno col patto di dissodarli e di ridurli a coltura, possono anche estendersi a un tempo maggiore di trent'anni, ma non oltre i cento (art. 1571).

Teofilo Huc biasima questo articolo del Codice italiano, siccome lesivo del principio che vuole il rispetto della libertà dei contraenti, sempre che non si offenda l'ordine pubblico. Egli riconosce, che la locazione delle cose è essenzialmente temporanea. Ma, aggiunge il professore di Tolosa: « pourvu que le louage soit fait pour un temps seulement, peu importe la durée de ce temps (1). » Questa critica ci pare che non si possa accettare. Lo stipulare una locazione per duecento anni, non equivale ad una locazione perpetua, per gli effetti che ne derivano? E questi effetti, che lo stesso Huc chiama *fâcheux,* sono i seguenti: 1.° Gli eredi del locatore e del conduttore dovranno rispettare il contratto, quando forse un cangiamento delle condizioni economiche sociali lo ha reso sommamente gravoso agli uni od agli altri; 2.° L'immobile per tutto il tempo della locazione è posto *extra commercium;* imperciocchè sarà impossibile trovare un compra-

(1) V. Huc, *Le Code civil italien et le Code Napoléon,* Parte III, § 10, II; Paris, 1868.

tore, pronto a sborsare il danaro, per acquistare un immobile che altri tiene in locazione per un tempo lunghissimo.

2.° *Capacità richiesta per la locazione delle cose.*—La locazione che eccede i nove anni, non è permessa a coloro i quali non possono fare se non gli atti di semplice amministrazione (art. 1572). Ad esempio, il Codice statuisce, che gli immessi nel possesso temporaneo dei beni dell' assente non possono, senza l' autorizzazione giudiziale, fare alcun atto eccedente la semplice amministrazione (art. 29); che il genitore il quale esercita la patria podestà non può, senza l'autorizzazione giudiziale, contrarre a nome del figlio minore obbligazioni eccedenti i limiti della semplice amministrazione (art. 224); che il tutore non può, senza l' autorizzazione del consiglio di famiglia, fare locazioni eccedenti il novennio (art. 296); che il minore emancipato non può, di propria autorità, fare gli atti eccedenti la semplice amministrazione (art. 319); che l' inabilitato, senza l' assistenza del curatore, non può fare alcun atto che ecceda la semplice amministrazione (art. 339).

La nullità che promana dall'articolo 1572, nel caso che siasi fatta una locazione eccedente il novennio, è relativa, non assoluta; nel senso che essa non può essere invocata dal contraente capace. Qui richiamiamo il principio su cui ci siamo arrestati in sede opportuna: « quando actus est nullus favore alicuius, intelligitur *si ipse velit* esse nullus. » Il contraente capace di obbligarsi non può impugnare il rapporto giuridico, giovandosi della incapacità dell'altro contraente.

Quando la locazione si è fatta per un tempo che eccede il novennio, nel caso preveduto dall' articolo 1572, l' azione di nullità concessa dalla legge colpisce il contratto per tutta la sua durata, ovvero solo pel tempo che eccede i nove anni? La Corte di Ancona decise che in tal caso deve applicarsi la massima *utile per inutile non vitiatur*. « Il nostro legislatore, ogni qualvolta è accaduto di dover trattare nel Codice civile del vizio di un atto per eccesso del termine o dell'oggetto caduto in contrattazione, ha costantemente sancito non già la nullità dell'atto intero, sibbene la riduzione. La locazione, dice l' articolo 1572, che *eccede i nove anni*, non è permessa a coloro i quali non possono fare se non gli atti di semplice amministrazione. Adunque è chiaro che il solo eccesso di nove anni è quello che cade sotto il divieto della

legge, non già il termine che si trova infra il novennio, che è dalla legge permesso; di guisa che ben può dirsi che la locazione eccedente i nove anni riducesi a nove per ministero della stessa legge, la quale non colpisce e dichiara inefficace che il solo eccesso (1). » Ma il Supremo Collegio di Roma accettava l'opposta dottrina: « Il nostro Codice non ammette, in tema di locazioni eccedenti un certo periodo di tempo, la massima dell'*utile per inutile non vitiatur,* se non in determinati casi e per determinati motivi. Negli articoli 493, 1417, 1439, 1571 e 1932 la capacità di contrattare non è in gioco. Ma nel caso degli articoli 29, 224, 296, 319 e 1572, trattandosi della capacità di contrattare, la conseguenza è una sola. La convenzione manca di un estremo essenziale, ed è nulla (2). » Sotto l'impero del Diritto intermedio, questa teoria fu propugnata dal Pacioni. L'incapace: « debet vel in totum acceptare (locationem), vel in totum reprobare, nec potest velle stare contractui pro aliqua parte tantum. Est enim contractus unicus regulariter individuus, itaut, vel in totum approbandus sit, vel in totum reprobandus (3). » Tra gli espositori del nostro Codice, il Ricci ha prestato ossequio alla stessa dottrina; osservando, fra l'altro, che la riduzione della locazione al novennio potrebbe non conciliarsi colla intenzione dei contraenti, o almeno di uno di essi; se taluno si è obbligato per una locazione duratura, ad esempio per quindici anni, forse non avrebbe prestato il suo consenso ad una locazione limitata ad un novennio: come si può dunque ridurre un contratto in modo che esso più non risponda alle intenzioni di chi si è obbligato? Di qui deriva che se la persona interessata intenda valersi della disposizione contenuta nell'articolo 1572, nè essa, nè l'altro contraente possono esigere che la locazione sia mantenuta entro il limite di nove anni; ma, o deve l'interessato rinunziare a valersi del benefizio che gli deriva dalla legge, nel qual caso la locazione è

---

(1) Corte di appello di Ancona; sentenza dei 7 maggio 1877; nella *Giurisprudenza italiana,* anno 1877, parte I, sez. II, pag. 581.

(2) Corte di Cassazione di Roma; sentenza dei 21 agosto 1877; nel *Foro italiano*, anno 1877, parte I, pag. 1300.

(3) V. Pacioni, *De locatione et conductione,* Cap. XIV, § VII, num. 56 e 57; Romae, 1677.

mantenuta nei limiti stabiliti col contratto, o chiedere la nullità completa del contratto stesso (1).

3.° *Sublocazione e cessione dell' affitto.* — Il conduttore ha diritto di sublocare e di cedere il suo affitto ad un altro, se tale facoltà non gli è stata vietata. Gli può essere vietata in tutto o in parte; ma il divieto non ha luogo senza un patto speciale (art. 1573).

La cessione di un affitto consiste nella trasmissione dei diritti che esso conferisce e delle obbligazioni che esso impone al conduttore. Tale cessione non costituisce punto una nuova locazione, ed i suoi effetti si debbono determinare, non già secondo le regole che governano il contratto di locazione, ma invece secondo le regole che governano la cessione dei diritti mobiliari in generale. Di qui deriva:

A) Il cedente non gode, pel prezzo della cessione, del privilegio stabilito dall'art. 1958.

B) Il cessionario deve ricevere la cosa nello stato in cui si trovava al momento della cessione; egli non può invocare la disposizione dell'art. 1576.

C) Le clausole particolari, con cui il locatore ed il conduttore avessero derogato ai principî generali del contratto di locazione, possono venire opposte al cessionario e gli arrecano vantaggio indipendentemente da qualunque stipulazione a tal riguardo.

D) Il cessionario ha un'azione diretta contro il locatore per costringerlo all'adempimento di tutte le obbligazioni che avea contratte verso il conduttore. E, d'altra parte, il cessionario è direttamente tenuto verso il locatore per le obbligazioni risultanti dall'affitto (2).

A differenza della cessione di affitto, la sublocazione costituisce una nuova locazione; ed i suoi effetti sono governati dai principî generali del contratto di locazione, salve le stipulazioni particolari che per avventura l'hanno accompagnata. Di qui si trae:

A) Il sublocatore gode, pel prezzo della sublocazione, del privilegio stabilito dall'art. 1958.

---

(1) V. Ricci, *Corso teorico pratico di Diritto civile,* Vol. VIII, numero 68.

(2) V. Zachariae, *Cours de droit civil,* Vol. II, § 368.

B) Il subconduttore può, invocando la disposizione dell'articolo 1576, domandare al sublocatore la consegna della cosa in buono stato di riparazioni d'ogni specie.

C) Le clausole particolari dello affitto originario, con le quali si fosse derogato ai principî generali del contratto di locazione, non possono essere invocate dal subconduttore nè essergli opposte.

D) Il subconduttore, come statuisce l'art. 1574 , non è obbligato verso il locatore che sino alla concorrenza del prezzo convenuto nella sublocazione, del quale sia debitore al tempo dell'intimazione della domanda, senza che possa opporre pagamenti fatti anticipatamente. Non si reputano però anticipati i pagamenti eseguiti dal subconduttore in conformità della consuetudine dei luoghi.

La dottrina svolta superiormente veniva applicata con molta precisione in un pronunziato del Supremo Collegio di Firenze. La sublocazione, notava la Corte, è un nuovo contratto, al quale sono comuni le regole della locazione; ed il sublocatore , contraendo verso il subconduttore gli obblighi del proprietario locatore, deve, ai termini degli articoli 1575 e 1576, consegnare e mantenere, salva convenzione contraria o rinunzia, la cosa sublocata in istato da servire all'uso ed al godimento a cui è destinata, facendo, sia al principio che in progresso, i restauri necessari, spettanti per legge al proprietario locatore; dovendo il conduttore od il subconduttore riparare soltanto i guasti derivati dall' uso , secondo la consuetudine dei luoghi. E ciò a differenza della cessione dell'affitto, regolata dall' articolo 1573 ; perchè , dalla cessione nascono fra cedente e cessionario i rapporti della vendita, che impediscono a quest' ultimo, come compratore, di reclamare le riparazioni dal cedente , venditore del diritto , facendogli assumere la qualità di conduttore di fronte al locatore proprietario. Essendo invece diversi i rapporti giuridici della sublocazione, e non estendendosi da persona a persona, il subconduttore non può sperimentare diritti contro l'originario locatore ; essendo, in luogo di lui, obbligato il sublocatore (1).

Per quanto si attiene alla intelligenza dell'articolo 1574 dianzi riferito , crediamo opportuno di richiamare una sen-

(1) Corte di Cassazione di Firenze; sentenza dei 18 gennaio 1894; nella *Temi Veneta*, anno 1894, pag. 108.

tenza del Supremo Collegio di Roma. « Altro è il diritto che ha il subconduttore di opporre al locatore principale i pagamenti fatti in anticipazione secondo la consuetudine dei luoghi, altro la pretesa di insistere nella sublocazione quando la locazione principale è sciolta. Si comprende che, allorquando la sublocazione è stata permessa, od almeno non vietata, il sublocatario, che rappresenta in certo modo il locatario nel godimento dello stabile locato, debba essere garantito ed assicurato contro la eventualità di doppio pagamento, dopo che egli lo ha già effettuato in buona fede al locatario principale, anche in anticipazione, ove detta anticipazione sia ammessa dalla consuetudine; e l'articolo 1574 del Codice civile dispone in conformità. » Ma tutto ciò nulla ha di comune col caso del locatore che vuole « l'effettuazione dello sfratto pronunziato contro il conduttore. In ciò trova pienamente la sua applicazione il principio, che *resoluto jure dantis, resolvitur jus accipientis.* Tutti i diritti, infatti, che possono spettare al subconduttore, anche in tema di sublocazione tacitamente od apertamente permessa, sono evidentemente subordinati e dipendono dalla sussistenza della locazione principale; dal che consegue che, se questa è terminata, anche quella debba aver fine (1). »

Sotto l'impero del Diritto intermedio insegnava Ansaldo de Ansaldis: « Si primus conductor alteri sublocaverit, et subconductor etiam anticipate exbursaverit primo conductori seu sublocanti conventam pensionem, receptum est sine scrupulo, quod secundus conductor remaneat liberatus. » Il subconduttore resta liberato, imperciocchè pagò il prezzo della locazione *ei cum quo contraxit* (2). Sotto l'impero del Codice, come si trae dal testo chiarissimo dell'articolo 1574, il subconduttore può opporre pagamenti fatti anticipatamente sol quando siano stati eseguiti in conformità della consuetudine locale.

4.° *Obbligazioni del locatore.* — Giusta l'art. 1575, il locatore è tenuto per la natura del contratto e senza bisogno di speciale stipulazione: 1.° a consegnare al conduttore la

---

(1) Corte di Cassazione di Roma; sentenza degli 11 gennaio 1895; nella *Corte Suprema di Roma,* anno 1895, parte II, pag. 30.

(2) V. De Ansaldis, *De commercio et mercatura,* Disc. XLIV, numero 14; Coloniae Allobrogum, 1751.

cosa locata; 2.° a mantenerla in istato di servire all'uso per cui venne locata; 3.° a garantirne al conduttore il pacifico godimento per tutto il tempo della locazione. Ci fermeremo brevemente sopra queste varie obbligazioni del locatore, le quali non sono che conseguenze particolari dell'obbligazione generale ch'egli contrae di far godere il conduttore della cosa locata.

A) Il locatore deve consegnare al conduttore la cosa locata con gli accessorî che ne dipendevano al momento della stipulazione del contratto (1). Questa cosa deve essere in buono stato di riparazioni d'ogni specie (art. 1576). A differenza del locatore, il venditore non è tenuto a consegnare la cosa in buono stato; egli la consegna nello stato in cui si trovava al tempo della vendita (art. 1470). Adunque l'obbligazione del venditore a questo riguardo, come bene osserva il Baudry-Lacantinerie, *est moins rigoureuse que celle du bailleur*. Il venditore non è tenuto a *far godere* il compratore, è soltanto obbligato a fargli avere la cosa a titolo di proprietà (2). Come insegnava Marino Freccia: « Locator tradendo non censetur liberatus, etsi de hac traditione cantaret instrumentum; nam per solam traditionem non diceretur liberatus, ex quo qui locat videtur factum promittere. Locator tenetur ad duo, tradere scilicet et patientiam uti frui praestare (3). » A questa obbligazione accessoria, che inerisce a quella di consegnare, si può derogare dalle parti, colla stipulazione che il conduttore prenderà la cosa locata nello stato in cui si trova: « Haec omnia sic sunt accipienda nisi si quid aliud specialiter actum sit. » (Ulpiano, L. 19, § 2, D. *locati conducti*). Ancora: come decideva benissimo la Corte di appello di Torino, se il conduttore conosce, al momento di conchiudere il contratto, il cattivo stato della cosa locata, ed è stato posto dal locatore nell'avvertenza d'usare della cosa colla debita prudenza, avuto riguardo allo stato in cui essa si trova, non può avere azione contro il locatore se da tal cattivo stato della cosa siano a lui derivati danni. Sebbene, in massima,

(1) V. Troplong, *Louage*, num. 136.

(2) V. Baudry-Lacantinerie, *Précis de droit civil*, Vol. III, num. 667; Paris, 1892.

(3) V. Freccia, *Tractatus de praesentatione instrumentorum ad ritum Magnae Curiae Vicariae*, Pars VII, Quaest. IX; Venetiis, 1590.

sia obbligo del locatore di consegnare la cosa locata in stato da servire all'uso per cui venne data in locazione, tale obbligo non può però intendersi in modo così assoluto da render sempre risponsabile il locatore di qualunque danno avvenga al conduttore per vizio della cosa locata; e tale sarebbe appunto il caso in cui il conduttore conoscesse i vizi e difetti della cosa, e fosse stato posto in avvertenza di adoperare determinate regole di prudenza nel servirsi della cosa locata, e tuttavia le avesse trascurate. In siffatta evenienza ben può dirsi, che i contraenti siano convenuti nel proposito di dare e ricevere la cosa locata nello stato in cui si trovava al tempo della locazione; e che quindi il conduttore dovesse servirsi della medesima tenuto conto dello stato in cui si trovava (1).

B) Il locatore deve mantenere la cosa in istato di servire all'uso per cui venne locata. Quindi, durante la locazione, deve farvi tutte quelle riparazioni che possono essere necessarie, eccettuate le piccole riparazioni che per uso sono a carico del conduttore (art. 1576, cap.). D'altra parte, se durante la locazione la cosa locata abbisogna di riparazioni urgenti e che non possono differirsi sino al termine del contratto, il conduttore deve soffrire, qualunque sia, l'incomodo che gli arrecano, quantunque nel tempo che si eseguiscono resti privato di una parte della cosa locata. Se però tali riparazioni continuano oltre venti giorni, viene diminuito il prezzo della locazione proporzionatamente al tempo ed alla parte della cosa locata di cui il conduttore è rimasto privo. Se le riparazioni sono di tal natura che rendano inabitabile quella parte che è necessaria per l'alloggio del conduttore e della sua famiglia, si può, secondo le circostanze, far luogo allo scioglimento del contratto (art. 1580). Osserveremo col Troplong, che la legge in nessun caso concede al conduttore il diritto di domandare il risarcimento dei danni. La necessità e l'urgenza sono la scusa del locatore; egli ubbidisce ad una legge di ordine superiore, quella della conservazione della cosa. Allora soltanto il conduttore avrebbe diritto ad indennità, quando il locatore fosse colpevole della deteriorazione della cosa. Ma noi crediamo opportuno di aggiungere

(1) Corte di appello di Torino; sentenza dei 2 dicembre 1878; nel *Giornale delle leggi*, anno X, num. 10.

qualche altra considerazione, per determinare il fondamento razionale su cui riposano le disposizioni racchiuse nell'articolo 1580. Con queste disposizioni il legislatore ha cercato di conciliare, per quanto era possibile, due interessi rivali che si trovano in presenza l'uno dell'altro. Indubbiamente il locatore non ha diritto di turbare il godimento del conduttore; ecco perchè costui può opporsi, durante la locazione, alla esecuzione di riparazioni che senza danno possono essere differite sino alla cessazione della locazione, e che il locatore vuole eseguire immediatamente perchè gli sia possibile procedere ad una nuova locazione della cosa, non appena cessata la prima locazione. Ma non si deve esagerare il diritto del conduttore sino al punto da permettergli di opporsi alla esecuzione di riparazioni urgenti, il cui aggiornamento sarebbe forse causa della perdita ovvero di una deteriorazione notevole della cosa. Non si può supporre ragionevolmente che tale sia stata la comune intenzione delle parti, allorchè fu stipulato il contratto. Adunque il conduttore dovrà sopportare queste riparazioni, e non si deve tener conto dell'incomodo che a lui ne deriva. Esso non avrà diritto ad alcuna indennità, se i lavori non si prolungano oltre i venti giorni; la fissazione dell'indennità sarebbe stata molto difficile per una privazione momentanea di godimento. Se i lavori continuano oltre i venti giorni, il conduttore ha diritto ad una diminuzione del prezzo della locazione. Questa diminuzione deve essere proporzionale alla estensione della privazione del godimento subìta dal conduttore, ed alla durata *totale* di questa privazione, che è uguale alla durata dei lavori. Quindi il conduttore potrà pretendere la diminuzione del prezzo, anche avuto riguardo alla privazione di godimento che egli ha subìta durante i primi venti giorni. Se poi, a causa delle riparazioni, la cosa diventa inabitabile pel conduttore e per la sua famiglia, si può secondo le circostanze far luogo allo scioglimento della locazione, anche quando i lavori dovrebbero durare meno di venti giorni (1).

C) Il locatore deve garantire al conduttore il pacifico godimento della cosa locata per tutto il tempo della locazione. Di qui deriva la disposizione sancita nell'articolo 1577:

---

(1) V. Baudry-Lacantinerie, *Précis de droit civil*, Vol. III, numero 673; Paris, 1892.

Il conduttore debb'essere garantito per tutti quei vizi e difetti della cosa locata che ne impediscano l'uso, quantunque non fossero noti al locatore al tempo della locazione. Se da questi vizi o difetti proviene qualche danno al conduttore, il locatore è tenuto a farnelo indenne, salvo che provi di averli ignorati. Questa era pure la regola del Diritto romano: « Si saltum pascuum locasti, in quo herba mala nascebatur; hic enim si pecora vel demortua sunt, vel etiam deteriora facta, quod interest praestabitur, *si scisti; si ignorasti, pensionem non petes;* et ita Servio, Labeoni, Sabino placuit. » (Ulpiano, L. 19, § 1, D. *locati conducti*).

Se durante la locazione la cosa locata è totalmente distrutta, il contratto è sciolto di diritto; se non è distrutta che in parte, il conduttore può, secondo le circostanze, domandare la diminuzione del prezzo o lo scioglimento del contratto. In ambidue i casi non si fa luogo a veruna indennità, se la cosa è perita per caso fortuito (art. 1578). Questa regola si applica anche quando il conduttore è privato, per forza maggiore, del *godimento* della cosa locata; ad esempio, quando in caso di assedio l'autorità militare costringe i cittadini ad uscire dalla città assediata, *per diminuire le bocche.* Questo caso, è vero, non è contemplato espressamente dal testo dell'art. 1578; *mais,* diremo col Troplong, *l'esprit doit venir vivifier le texte* (1).

Il Codice, nell'articolo 1578, il cui testo abbiamo dianzi riferito, nel caso di distruzione parziale, concede al conduttore il diritto di domandare *secondo le circostanze* la diminuzione del prezzo o lo scioglimento del contratto. Quali sono queste circostanze, e chi ne deve essere il giudice? La legge, diremo col Laurent, non concede al conduttore l'ozione tra la diminuzione del prezzo e lo scioglimento del contratto. Lo scioglimento di un contratto sinallagmatico non dipende giammai dalla volontà di una sola delle parti. Si deve tener conto delle circostanze, statuisce la legge; è il giudice che è chiamato alla estimazione delle medesime, prima di decidere sulla domanda del conduttore. In tema di locazione si deve applicare, per analogia, la disposizione racchiusa nell'articolo 1492, trattandosi dell'evizione parziale. Fa d'uopo esaminare, se la parte della cosa locata, che è distrutta, è re-

(1) V. Troplong, *Louage,* num. 225.

lativamente al tutto di tale entità, che il conduttore non avrebbe preso in locazione il tutto senza la parte di cui perde il godimento. In questo caso il giudice pronunzierà lo scioglimento del contratto. Se, al contrario, deve ritenersi, avuto riguardo al criterio enunciato dianzi, che il conduttore avrebbe acconsentito al contratto anche quando la parte distrutta non fosse stata compresa nella locazione, il giudice manterrà fermo il contratto. *C'est une question de fait,* conchiude ragionevolmente il Laurent (1). Vuolsi pure notare che le parole adoperate dal Codice, nell'articolo 1578, *secondo le circostanze*, si riferiscono non solo alla preferenza da darsi allo scioglimento del contratto anzichè alla diminuzione del prezzo, o viceversa, ma eziandio all'ammissione dell' una o dell'altra domanda, fatta dal conduttore. Se per avventura la perdita parziale della cosa locata è lieve, vale a dire è tale che non importa una diminuzione di godimento meritevole di essere presa in considerazione, l'autorità giudiziaria non assentirà nè alla domanda di diminuzione del prezzo, nè, a maggior ragione, a quella di scioglimento della locazione (2).

Il locatore ha contratta l' obbligazione di far godere il conduttore, *praestare uti frui licere.* Egli quindi è risponsabile soprattutto del suo fatto personale. Ecco perchè statuisce l'articolo 1579, che il locatore non può, durante la locazione, mutare la forma della cosa locata. E notisi, che egli non la può mutare nè in tutto, nè in parte. Il locatore, senza il consenso del conduttore, non potrebbe aprire una finestra od aggiungere delle stanze alla casa locata. Poco importa che i cangiamenti da lui disegnati non cagionino al conduttore nessun danno reale.

Il Codice si è occupato sinora delle molestie che il conduttore può provare, sia per forza maggiore, sia per fatto del locatore, sia per vizio o difetto della cosa. Gli articoli 1581 e 1582 si occupano di un'altra specie di molestie, di quelle che provengono dal fatto di un terzo. Giova innanzi tutto riferirne il testo: Il locatore non è tenuto a garantire il conduttore dalle molestie che terze persone con vie di fatto arrecano al suo godimento, quando però non pretendano qual-

(1) V. Laurent, *Principes de droit civil,* Vol. XXV, num. 402.

(2) V. Ricci, *Corso teorico pratico di diritto civile,* Vol. VIII, numero 124.

che diritto sulla cosa locata, salva al conduttore la facoltà di agire contro di esse in suo proprio nome. Se al contrario il conduttore è stato molestato nel suo godimento in conseguenza di un'azione relativa alla proprietà della cosa, esso ha diritto ad una diminuzione proporzionata sul prezzo della pigione o del fitto, purchè la molestia e l'impedimento sieno stati denunziati al locatore (articolo 1581). Se quelli che hanno cagionato molestie con vie di fatto, pretendono di avere qualche diritto sulla cosa locata, o se il conduttore è citato in giudizio per essere condannato a rilasciare la cosa in tutto o in parte o a soffrire l'esercizio di qualche servitù, egli deve chiamare il locatore nello stesso giudizio per essere rilevato dalle molestie, e se lo chiede, deve esser posto fuori di causa, anche solo indicando il locatore, nel cui nome possiede (art. 1582).

Adunque, come nota lo Zachariae, il locatore è tenuto a difendere e, quando ne sia il caso, ad indennizzare il conduttore se questi è convenuto in giudizio da terzi che reclamano sulla cosa locata un diritto di proprietà, di servitù o di godimento; e se il conduttore è stato turbato con vie di fatto nel godimento della cosa, quando sull'azione per risarcimento di danni diretta contro gli autori della molestia, costoro eccepiscano un diritto che, ove esista, li autorizzasse ad agire come han fatto. In ambidue i casi, se il conduttore lo esige, deve essere posto fuori causa, anche solo indicando il locatore nel cui nome possiede.

Ma il locatore non è tenuto a garantia per le semplici vie di fatto commesse da terze persone, le quali non avanzano nessuna pretesa, sia intorno alla proprietà, sia intorno al godimento della cosa locata. Ad esempio, allorchè degli animali sfuggano dalla custodia di chi è tenuto a guardarli e vengano a pascolare nei prati dati in locazione; quando dei ladri si facciano a rubare delle frutta; quando malvage persone gittino nello stagno delle sostanze velenose che fanno morire i pesci che ivi si trovano. Cuiacio ci porge un altro esempio: « Si exercitus praeteriens per lasciviam aliquid abstulerit, ob has causas ex mercede conductor nihil quidquam deducere potest. » (Ad L. 35, D. *locati conducti.*). In questi casi il conduttore non ha azione se non contro gli autori delle molestie cagionate per vie di fatto, ed ove costoro siano delle persone ignote od insolvibili, egli non potrebbe rivolgersi

contro il locatore per avere da lui una indennità od una diminuzione sul prezzo della pigione o del fitto.

Nell'antica giurisprudenza vivamente disputavasi, se il locatore dovesse garantire il conduttore per l'*apparizione degli spiriti*. Il Pacioni insegnava: « Remissio mercedis facienda est propter timorem malorum spirituum (1). » Cristiano Tomasio scriveva una dissertazione speciale dal titolo: *De non rescindendo contractu conductionis ob metum spectrorum*. Definiva gli spettri: « Substantias incorporeas, quae conspectae vel auditae, vel tactu etiam perceptae, hominibus terrorem inferunt. » Il Tomasio, pur confessando che la più parte dei fatti raccontati in proposito sono falsi, soggiungeva: « Quid dicemus? An negabimus existentiam spectrorum? Abest. Credimus utique dari spectra. Interim credimus, ex mille, quae referuntur, exemplis, paucissima vera esse. » Ma, ciò non ostante, non può risolversi per tal causa la locazione: « Metus eiusmodi spectrorum in virum constantem cadit? Negamus. Nam fortes et animosi viri non torquentur a spectris, sed meticulosi, foeminae, pueri etc. (2). » Il Parlamento di Parigi si mostrò sempre restio ad ammettere questa garantia, che veniva ammessa dal Parlamento di Bordeaux. Oggi, osserva il Troplong, non si rinnovellano queste controversie: « Toute la France est un peu faite comme le Paris d'autrefois. Les morts ne secouent plus leur linceul pour troubler le repos des vivants. Ils reviennent sans doute dans le coeur des parents tendres et des amis qui le chérissaient. Mais ces retours, loin d'être pénibles, sont un allégement à la douleur. C'est le bonheur du malheur, suivant la belle expression de madame de Sévigné. » È questa la *corrispondenza d'amorosi sensi, celeste dote negli umani*, descritta così bene dal Foscolo nel suo carme *Dei sepolcri*.

Il conduttore decade da ogni ricorso per garantia, quando abbia trascurato di denunziare al locatore la molestia o l'impedimento. A questa regola è d'uopo fare due eccezioni: 1.° Quando il conduttore giunga a dimostrare che il locatore non avrebbe avuto alcun mezzo per far cessare la molestia o l'impe-

(1) V. Pacioni, *De locatione et conductione*, Cap. XLVI, num. 27; Romae, 1677.

(2) V. Tomasio, *Dissertationum academicarum*, Diss. LXXXVII, §§ 2, 11 e 14; Halae Magdeburgicae, 1773.

dimento; 2.° Quando dimostri che il locatore ha ottenuto il risarcimento dei danni contro gli autori dell'impedimento o della molestia (1).

All'esame dommatico degli articoli del Codice, *in subiecta materia*, si rannoda il richiamo di una grave controversia discussa dagli scrittori e nella giurisprudenza. Il locatore deve garantire al conduttore il *pacifico godimento* della cosa locata per tutto il tempo della locazione. A questo pacifico godimento si oppone lo stabilimento, in altra parte della casa locata, di un luogo di prostituzione? Se, per evitare danni maggiori, l'*alienas permolere uxores*, cui Orazio accennava, l'autorità pubblica deve tollerare, regolandolo con ordinamenti di polizia, l'esercizio del meretricio, si può ammettere che il conduttore di altra parte della casa, dove tale esercizio si è stabilito, sia costretto a serbar fede al contratto di locazione, ovvero si deve riconoscere in lui il diritto di chiederne la risoluzione? Il Supremo Collegio di Napoli decise, che il conduttore può domandare la risoluzione della locazione, se il locatore ha dato in affitto un'altra parte della casa per luogo di prostituzione. « Le risse, i diverbii, l'andare e venire di persone tutt'altro che oneste e morali, e lo scandalo, e la diffusione del mal costume, inevitabili per così infauste vicinanze, non possono non produrre impedimenti positivi al tranquillo godimento della cosa locata. Le leggi di tutti i tempi hanno badato con più o meno di severità a sì fatte cose, specialmente per non permettere fra genti oneste il vivere di genti depravate, come quelle che *sui corporis quaestum faciunt*. È forza che ogni uomo onesto tenga lontana la propria famiglia dalle case di prostituzione: *ne mala vicini pecoris contagia laedant* (2). » E la Corte di Cassazione di Torino stabiliva la massima: se il proprietario, il quale abbia scienza che in una parte della sua casa hanno preso dimora delle meretrici, non provvede immediatamente sui reclami degli altri inquilini, questi hanno diritto di lasciare immediatamente la casa, e di avere poi dal proprietario le indennità di ragione. « Supposto che in una casa affittata ad onesta e

(1) V. Zachariae, *Cours de droit civil*, Vol. II, § 368.

(2) Corte di Cassazione di Napoli; sentenza dei 20 aprile 1865; negli *Annali della giurisprudenza italiana*, anni 1866-67, parte II, pagina 387 in nota.

morigerata famiglia vengano a dimorare in adiacenza donne di mal costume, le quali siano di scandalo flagrante e continuo ai vicini, se il proprietario ne sia edotto, e venga eccitato a porvi riparo, e nol faccia con quella prontezza e con quello zelo che soli possano impedire che la casa acquisti mala fama, e divenga soggetto di pubblica disistima nel concetto delle persone dabbene, l'inquilino ha diritto di abbandonarla immediatamente, e di sciogliersi dal contratto, senza bisogno di porre in mora il locatore, come ha diritto di essere rifatto dei danni, perchè il proprietario colla sua inerzia e colla protratta sua tolleranza, si fa complice di chi, introducendo nella casa le prostitute, ne rese impossibile l'abitazione agli altri inquilini: per cui non è il caso di dire che si tratta di molestie inferte da terze persone, delle quali non debba rispondere il locatore, nè che vi sia bisogno di costituirlo in mora per riparare ad un male che fu già consumato colla sua scienza e pazienza, e che non potrebbe essere più riparato, in vista specialmente del discredito che la casa ha acquistato con quella intollerabile sconcezza, resa anche più grave dalla inerzia dello stesso proprietario (1). » La teoria seguìta dalla Cassazione di Torino, e che crediamo esattissima, ha molta importanza pratica ai tempi nostri, avuto riguardo alle considerazioni che faceva l'Ellero: « La lussuria avea pur troppo anche qui (in Italia), prima della nuova tirannide (borghese), i suoi turpi ostelli; ma generalmente con miseri arredi e in luridi chiassi. Questa invece ne aperse parecchi in città e in vie, dove non c'erano; gli rese molto più accessibili e frequentati, e gli ornò e decorò, colla sua stretta masserizia, pomposamente (2). » A queste considerazioni dell'Ellero dobbiamo far seguire una osservazione che crediamo irrepugnabile. Non può contrastarsi che ai tempi nostri si è data licenza di aprire *turpi ostelli* in vie dove prima non era permesso. Ma, d'altra parte, noi non crediamo di poter ripetere coi *laudatores temporis acti*, che oggi la corruzione dei costumi sia maggiore di quella che lamentavasi nelle età passate. Qui è il vero caso di ricordare il bel

(1) Corte di Cassazione di Torino; sentenza dei 3 febbraio 1875; negli *Annali*, anno 1875, parte I, pag. 133.

(2) V. Ellero, *La tirannide borghese*, num. CCXVIII; Bologna, 1879.

libro di don Secondo Lancellotti, dedicato al pontefice Urbano VIII, e stampato a Venezia nel 1627: « L'Hoggidì, ovvero il mondo non peggiore nè più calamitoso del passato. » Il Lancellotti, Abate Olivetano, risponde a coloro che, in ogni secolo, assorgono a censori ingiusti dei loro contemporanei. Nel XXVIII *disinganno* egli prova luminosamente: « che non s' immergevano già meno nelle carnalità gli uomini di quello che oggidì facciano. » E, dopo richiamate le testimonianze degli storici e dei poeti antichi, soggiungeva: « Se io mi ci mettessi, farei veder chiaro, che non men lascivo d' ora fu mai il mondo, sì come non men tristo e ribaldo in ogni cosa. » Del resto, conchiudeva il padre Lancellotti, in questa materia si deve tener conto della sentenza di S. Agostino: « Inter omnia certamina Christianorum sola sunt dura praelia castitatis, ubi quotidiana est pugna et rara victoria. » Adunque la infrequenza delle vittorie in questa guerra quotidiana non si può apporre a colpa particolare dei nostri tempi!

Vogliamo aggiungere che la teoria accolta dal Supremo Collegio di Torino deve, nella sua applicazione, conciliarsi colle disposizioni racchiuse nel *Regolamento sul meretricio nell'interesse dell'ordine pubblico, della salute pubblica e del buon costume,* dei 27 ottobre 1891. Statuisce l'art. 11 del citato Regolamento: « Nessun locale può essere fatto servire ad uso di meretricio contro la volontà di chi ne dispone a titolo di proprietà, usufrutto o locazione. » E l'articolo 12: « Le persone abitanti nel locale dichiarato di meretricio, o quando queste siano minori di età, i parenti od affini, fino al terzo grado inclusivamente, i proprietarii, i comproprietarii e gli aventi a qualsiasi titolo il godimento del locale, e ogni altra persona interessata potranno portare reclamo contro l' ordinanza contenente tale dichiarazione entro otto giorni dalla sua notificazione. Il reclamo deve essere diretto all'Autorità politica del circondario. » Il diritto concesso da questo Regolamento agli abitanti della casa non scema l'efficacia della obbligazione che incombe al proprietario, di garantire al conduttore il pacifico godimento della cosa locata per tutto il tempo della locazione.

5.° *Obbligazioni del conduttore.* — Il conduttore ha due obbligazioni principali:

A) Deve servirsi della cosa locata da buon padre di famiglia, e per l'uso determinato nel contratto, o in mancanza

di convenzione, per quello che può presumersi secondo le circostanze (articolo 1583). Quindi il conduttore è tenuto a coltivare la terra nei tempi opportuni, *ne intempestiva cultura deteriorem fundum faciat* (L. 25 , § 3, D. *locati conducti*). Egli è tenuto, sotto pena dei danni e delle spese, ad avvertire prontamente il locatore delle usurpazioni che si commettessero sulla cosa locata (art. 1587). La cosa locata deve conservare la destinazione indicata nel contratto o quella che può presumersi secondo le circostanze. Spetta al magistrato decidere, nei singoli casi, se vi è stato cangiamento di destinazione. Ove si assodi che il conduttore ha impiegata la cosa locata in uso diverso da quello a cui venne destinata o in modo da cagionar danno al locatore, questi può, secondo le circostanze, fare sciogliere il contratto (art. 1584).

Osserveremo col Troplong, che sono racchiuse due idee distinte nella prima obbligazione che incombe al conduttore. L'una ha per oggetto l'uso della cosa in generale , e qualunque ne sia la destinazione ; è quella di servirsi della stessa da buon padre di famiglia. L'altra si riferisce alla destinazione che la cosa deve conservare durante la locazione. Questa seconda idea non si deve confondere colla prima. Invero, un buon padre di famiglia può cangiare a sua volontà la destinazione della sua cosa ; può sostituire ad una destinazione, che cessa per lui di essere utile, una novella destinazione più vantaggiosa. Se, dunque, il conduttore non fosse tenuto che alle obbligazioni di un buon padre di famiglia , niuno gli potrebbe vietare d'immutare la destinazione dei luoghi ; ma esso non può procedere a questo cangiamento, contro la volontà del proprietario. Ai doveri generali del buon padre di famiglia qui si aggiunge un dovere speciale ; quello di conservare alla cosa la sua destinazione. È questo il vero concetto dell'articolo 1583, nella parte che ha riguardo alla prima obbligazione cui, per legge, è tenuto il conduttore.

B) Il conduttore deve pagare il prezzo della locazione nei termini convenuti (art. 1583). La legge concede al locatore tre mezzi coercitivi per ottenere questo pagamento: 1.° Privilegio sui mobili e sui frutti, secondo che trattisi di case e di fondi rustici ; 2.° Interessi a partire dal giorno della domanda ; 3.° Risoluzione del contratto.

Il conduttore deve restituire la cosa che ha ricevuta in locazione nel medesimo stato in cui si trovava all'inizio di

essa. Come abbiamo da un frammento di Ulpiano: « Prospicere debet conductor, ne, in aliquo, vel jus rei, vel corpus deterius faciat vel fieri patiatur. » (L. 11, § 2, D. *locati conducti*). A questo principio s'informano tre articoli del Codice: Il conduttore deve restituire la cosa nello stato medesimo in cui l'ha ricevuta, in conformità della descrizione che ne sia stata fatta fra esso ed il locatore, ad eccezione di ciò che fosse perito o deteriorato per vetustà o per forza maggiore (art. 1585). La restituzione dell'immobile allo scadere della locazione si compie mercè il semplice rilascio dell'immobile a disposizione del locatore; e però se questi non si presenta a ricevere la consegna non può in sèguito sperimentare l'azione per la riconsegna, riversando sul conduttore la risponsabilità del ritardo e l'obbligo di risarcire i danni (1). Se non si è proceduto alla descrizione dello stato della cosa locata, si presume che il conduttore l'abbia ricevuta in buono stato di riparazioni locative, e deve restituirla nella stessa condizione, salva la prova in contrario (art. 1586). L'articolo 1586 del nostro Codice risponde all'articolo 1731 del Codice francese. Recentemente la Corte di Parigi dava questa interpretazione del suddetto articolo. Nessun testo di legge stabilisce un termine fatale, scorso il quale il conduttore è privato del diritto di procedere alla descrizione dello stato della cosa locata. E quando il termine è stato stipulato nella locazione, il conduttore, anche scorso questo termine, non perde il diritto di far procedere a tale descrizione. La sola sanzione legale della mancanza di descrizione è questa, che si presume avere il conduttore ricevuta la cosa in buono stato di riparazioni locative, e deve restituirla in tale condizione, salva la prova in contrario. Ma questa prova contraria « peut être faite par tous les moyens possibles (2). » Il conduttore è obbligato pe' deterioramenti e per le perdite che avvengono durante il suo godimento, quando non provi che sieno avvenute senza sua colpa. È pur obbligato pei deterioramenti e per le perdite cagionate dalle persone della sua famiglia o da'suoi subconduttori (articolo 1588).

---

(1) Corte di Cassazione di Firenze; sentenza dei 9 luglio 1894; nella *Legge*, anno XXXIV, Vol. II, pag. 797.

(2) Corte di appello di Parigi; arresto dei 18 marzo 1895; V. Dalloz, *Recueil périodique*, anno 1895, parte II, pag. 240.

Il Pacioni, nel suo classico trattato *De locatione et conductione*, svolge ampiamente la teoria circa la risponsabilità del conduttore in caso d' incendio. Osserva in via preliminare, che: « incendium potest tribus modis intervenire, ut dicit Baldus: primo videlicet vi divina, uti per fulmen; secundo malitia hominis ignem submittentis; et tertio negligentia et culpa inhabitantium. » Ma la teoria svolta dal Pacioni non può oggi essere accolta. Tra l'altro egli insegna: « non teneri conductorem de culpa famuli, quem Coquinae praeposuerat. » Nondimeno egli risponde della colpa del domestico, « si elegisset improbos famulos. » Beninteso, « si sint improbi in officio, cum fuerunt praepositi, et non alias. » Il Pacioni osserva che l' inquilino deve rispondere dell' incendio particolarmente in questo caso: « si incenderit caudam canis, qui aufugiendo causaverit incendium domus, nisi esset infans, furiosus, aut similis, qui incendidit (1). » Ed ora è tempo di richiamare le disposizioni del Codice.

Giusta l'articolo 1589, il conduttore è obbligato per l' incendio, quando non provi: che è avvenuto per caso fortuito o forza maggiore, o per difetto di costruzione, o non ostante la diligenza solita ad usarsi da ogni accurato padre di famiglia; o che il fuoco si è comunicato da una casa o da un fondo vicino. Arrestiamoci brevemente sopra la disposizione di questo articolo.

Spesse volte gl' incendi sono il risultato di una imprudenza o di una mancanza di sorveglianza, anzichè di un caso fortuito. Diceva il giureconsulto Paolo: *incendium fit plerumque culpa inhabitantium.* Ed il Jaubert, innanzi al Corpo legislativo francese: « Les incendies arrivent ordinairement par la faute de ceux qui habitent la maison. » Quindi il conduttore, obbligato a vegliare alla conservazione della cosa locata e giustificare, quando occorra, l'adempimento di siffatta obbligazione, non può esimersi altrimenti dalla risponsabilità di un incendio, se non provando come questo evento sia derivato da una causa a lui non imputabile. Sotto questo riguardo la condizione del conduttore è perfettamente la stessa di quella d'ogni altra persona obbligata, in virtù della legge o della

(1) V. Pacioni, *De locatione et conductione*, Cap. XXX, num. 9, 22 a 25, 61; Romae, 1677.

convenzione, a vegliare alla conservazione della cosa altrui. Sarebbe dunque inesatto il dire, osservano egregiamente l'Aubry ed il Rau, che la disposizione sancita nell'articolo 1589 riposa sopra una presunzione di colpa stabilita nei casi d'incendio contro le persone a cui fu locata la cosa; questa supposizione darebbe luogo a difficoltà, le quali scompaiono sempre che all'articolo 1589 non si dia una intelligenza diversa da quella sopra indicata. Nondimeno, sebbene il detto articolo non racchiuda, sotto l'aspetto ora cennato, una derogazione al diritto comune, si allontana però da questo allorchè restringe la cerchia dei mezzi di giustificazione del conduttore. E, sotto tale aspetto, la disposizione che esso contiene non vuole essere applicata che in fatto di locazioni. Quindi, agitandosi controversia sulla risponsabilità dell'incendio fra locatore e proprietario di una casa vicina, o fra conduttori tra loro, la prova giustificativa deve farsi secondo le norme generali, e non già secondo quelle stabilite nell'articolo 1589. Le quali sono parimente inapplicabili nelle ipotesi in cui una persona si trovi obbligata a vegliare alla conservazione di un edifizio, in virtù di qualunque altra causa che non sia una locazione. E quindi, sotto tale rapporto, esse non possono essere invocate nè contro l'usufruttuario, nè contro il creditore che ha ricevuto la cosa in anticresi. Questa dottrina insegnata dallo Zachariae ci sembra ineluttabile.

Il Codice Napoleone dispone nell'articolo 1734, che quando una casa è abitata da più inquilini, tutti sono risponsabili *solidalmente* dell'incendio, ammeno che non si provi che l'incendio è cominciato nell'abitazione di uno di essi, nel qual caso costui soltanto n'é ritenuto risponsabile; ovvero che alcuno degl'inquilini non provi che l'incendio non ha potuto cominciare nella sua abitazione, nel qual caso cessa la sua risponsabilità. Tale disposizione, per quanto s'attiene alla risponsabilità *solidale*, fu qualificata da qualche scrittore *ingiusta*, e da altri *troppo rigorosa*. Il Saliceti notava, che i compilatori del Codice francese aveano adottata la logica di Aladino: *purchè il reo non si salvi, il giusto pera e l'innocente;* e soggiungeva: « Codesto smodato rigore non può esser mai giustificato, poichè un inquilino può aver la custodia della parte da lui abitata, ma non di quella abitata dagli altri. Sono venti inquilini, e volete condannarli tutti? Alla buon'ora. Per non farvi scappare uno che probabilmente è

colpevole, voi condannate al certo diciannove innocenti (1). »
Meglio dispone il Codice nostro: Se una casa è abitata da più inquilini, tutti sono obbligati per l'incendio in concorso col locatore, se anch'esso vi abita, e ciascuno in proporzione del valore della parte da esso occupata; eccetto che provino che l'incendio è cominciato nell'abitazione d'uno di essi, nel qual caso questi solo deve esserne risponsabile; o che alcuno di essi provi che l'incendio non ha potuto cominciare nella sua abitazione, nel qual caso questi non è risponsabile (art. 1590).

6.° *Diversi modi di estinzione della locazione.*—Sotto l'impero del Diritto intermedio si ammettevano parecchi modi di estinzione della locazione, che indubbiamente non si possono riconoscere sotto l'impero del Diritto moderno. Ne vogliamo ricordare uno. Insegnava il Pacioni, riproducendo la dottrina comune, che: « si locator uxorem ducat, ac proinde necessitas sibi oriatur redeundi ad domum locatam pro habitando cum ea, quia forte illa quam inhabitat, licet esset commoda pro se solo, tamen non est talis pro se et uxore, hoc casu poterit conductorem expellere, nisi tamen locator tempore factae locationis fuisset nubilis aetatis, et in proxima spe ducendae uxoris, quia tunc casus non posset dici inopinatus. » All'opposto il conduttore non poteva, per questa causa, dimettere la locazione: « E contra si conductor uxorem duxerit, et propterea maiore indigeat domo, et non possit uti illa quam iam conduxerat, non propterea potest, sicut licet locatori uxorem ducenti, a contractu locationis recedere (2). » Il Codice, nell'articolo 1591, stabilisce il primo modo in cui cessa la locazione. Statuisce il mentovato articolo, che la locazione fatta per un tempo determinato cessa di diritto collo spirare del termine stabilito, senza che sia necessario di dare

---

(1) V. Saliceti, *Rivista del Codice civile francese*, Cap. XI; Torino, 1864. Ma qui vuole essere ricordato che una legge speciale, emanata in Francia nel 1883, riformò l'articolo 1734 del Codice Napoleone, togliendo il vincolo della solidalità che legava i conduttori verso il locatore nel caso d'incendio della casa locata. V. in proposito la monografia del Batbie, *De la loi du 5 janvier 1883 sur les risques locatifs*; nella *Revue critique de législation*, dicembre 1884.

(2) V. Pacioni, *De locatione et conductione*, Cap. LVI, num. 11, Cap. LX, num. 19; Romae, 1677.

la licenza. Ad esempio, locata una casa per un biennio, allo spirare del secondo anno il conduttore deve restituire la casa locata. La *licenza*, chiamata in Francia *congé,* non è in tal caso necessaria. Il conduttore non ignorava il termine della locazione; egli non avea d'uopo di alcun avvertimento da parte del locatore. Se allo spirare di questo termine si trova di non aver provveduto ad una novella abitazione, e quindi è costretto a collocare *sub dio* le proprie suppellettili, deve apporlo a sua colpa.

Gli articoli 1592 a 1594 governano la *tacita riconduzione*, che non fu ignota ai Romani. Abbiamo infatti da un frammento di Ulpiano: « Qui impleto tempore conductionis remansit in conductione, reconduxisse videbitur. » (L. 13, § ult. D. *locati conducti*). Prima di riferire gli articoli del Codice superiormente cennati, giova avvertire, che allora soltanto può parlarsi di *tacita riconduzione* quando il primitivo contratto sia naturalmente *cessato* col decorso del termine stabilito, non quando esso sia rimasto *risoluto in tronco* per un evento contemplato dai contraenti (1).

Spirato il termine stabilito nel contratto di locazione, se il conduttore rimane ed è lasciato in possesso, si ha per rinnovata la locazione, il cui effetto è regolato dalle disposizioni relative alle locazioni fatte senza determinazione di tempo, cioè a dire dagli articoli 1609 e 1622 (art. 1592). In caso di contestazione spetta al giudice di merito il determinare, se la durata del godimento dell'antico conduttore sia tale da indurre la tacita riconduzione. Ciò deriva dai principî fondamentali del diritto. Un'altra prova si ricava « dalla primitiva redazione dell'articolo 1738 Codice francese, corrispondente all'articolo 1592 del Codice nostro. Vi si era detto, che il possesso doveva essere *duraturo pel tempo necessario a far presumere che ci fosse tacita riconduzione*. Ma se quella presunzione, lasciata alla discrezione del giudice, fu omessa nella redazione definitiva, non è restato men chiaro il significato dell'articolo 1592, perchè la si riconobbe superflua. Non si può dunque obiettare che una maggiore o minore continuazione del possesso, allo spirare della locazione scritta, possa diventare criterio sicuro per affermare, o pur no, una ricon-

(1) Corte di appello di Firenze; sentenza dei 19 luglio 1869; negli *Annali della giurisprudenza italiana,* anno 1869, parte II, pag. 611.

duzione (1). » Se fu intimata la licenza, il conduttore, ancorchè abbia continuato nel suo godimento, non può opporre la tacita riconduzione (art. 1593). Nel caso dei due articoli precedenti, la sicurtà data per la locazione non si estende alle obbligazioni risultanti dalla prolungazione del termine (articolo 1594).

La seconda causa di cessazione della locazione è stabilita nell'articolo 1595: il contratto di locazione si scioglie quando la cosa è totalmente perita. E crediamo inutile di arrestarci nel determinare il fondamento razionale su cui riposa questa causa di estinzione della locazione. Basterà soltanto il richiamare il principio, che la *cosa* costituisce uno degli elementi essenziali del contratto di locazione, e quindi tale contratto non può esistere quando la cosa, come prevede il Codice, è totalmente perita.

Una terza causa di cessazione della locazione trovasi nel capoverso del mentovato art. 1595: se una delle parti manca alle sue principali obbligazioni si può dall'altra chiedere la risoluzione del contratto in conformità dell'art. 1165. Questo art. 1165, cui rimanda il capoverso dell'art. 1595, stabilisce che la condizione risolutiva è sempre sottintesa nei contratti bilaterali, pel caso in cui una delle parti non soddisfaccia alla sua obbligazione. In questo caso il contratto non è sciolto di diritto. La parte, verso cui non fu eseguita l'obbligazione, ha la scelta o di costringere l'altra all'adempimento del contratto, o di domandarne lo scioglimento, oltre il risarcimento dei danni in ambidue i casi. La risoluzione del contratto deve domandarsi giudizialmente, e può essere concessa al convenuto una dilazione secondo le circostanze. La Corte di appello di Milano faceva esatta applicazione di tali principî quando stabiliva la massima che, trattandosi di breve ritardo al pagamento della mercede locatizia, l'equità consiglia a non ordinare la risoluzione del contratto di locazione: « Specialmente in tema di locazione di stabili vuol essere accolto con equa limitazione il rigore della condizione risolutiva sottintesa pel caso di lieve ritardo al pagamento della pigione o del fitto; giusta l'antico Diritto, due anni di ritardo davano ragione al locatore di espellere il conduttore

(1) Corte di Cassazione di Roma; sentenza dei 17 luglio 1884; negli *Annali della giurisprudenza italiana*, anno 1885, parte I, pag. 63.

dal fondo; i moderni Codici, la dottrina e la giurisprudenza relativa, certamente respingono così soverchia indulgenza, ma non ammettono l'eccessiva conseguenza contraria, che anche un giorno o pochi giorni di ritardo bastino a legittimare l'enorme effetto della risoluzione del contratto (1). » D'altra parte, vuolsi notare colla Corte di Cassazione di Torino, che l'art. 1595, il quale stabilisce la risoluzione del contratto di locazione, se uno dei contraenti manca *alle sue principali obbligazioni*, non significa esser necessaria la mancanza contemporanea *a più obbligazioni*, ma bastare la mancanza ad *una* sola di esse (2).

Secondo il Diritto romano, la morte del locatore o del conduttore non faceva cessare la locazione; questa passava agli eredi, giusta i princìpî generali che governano la trasmissione delle obbligazioni contrattuali. « Ex conducto actionem etiam ad heredem transire palam est. » (L. 19, § 8, D. *locati conducti*). In talune consuetudini francesi ritenevasi invece il contrario: *mort rompt tout louage*. Il Codice Napoleone conformavasi al sistema del Diritto romano, ed era seguìto dal nostro legislatore, il quale dispone nell' articolo 1596: il contratto di locazione non si scioglie per la morte del locatore, nè per quella del conduttore.

Il contratto di locazione non si scioglie neanche per l'alienazione della cosa locata. Diversamente statuiva il Diritto romano. È nota la Costituzione dell'imp. Alessandro: « Emptorem quidem fundi necesse non est stare colono, cui prior dominus locavit, nisi ea lege emit. » (L. 9, C. *de locato et conducto*). Questa decisione non era speciale al caso di vendita. Il donatario ed il legatario aveano, allo stesso modo del compratore, il diritto di non rispettare la locazione. Donde la regola dei Dottori: *successor particularis non tenetur stare colono.*

Il Diritto moderno ha derogato a questo principio, facendo così omaggio alle giuste esigenze dell' agricoltura e dell'industria. Ha considerato, che il conduttore si guarde-

---

(1) Corte di appello di Milano; sentenza dei 4 aprile 1873; negli *Annali della giurisprudenza italiana,* anno 1873, parte II, pagina 209.

(2) Corte di Cassazione di Torino; sentenza dei 14 gennaio 1870; negli *Annali,* anno 1870, parte I, pag. 41.

rebbe bene dal migliorare la cosa locata, quando temesse di esserne un giorno espulso, non ostante che nel contratto si fosse stipulata la locazione per un tempo più o meno lungo. E queste considerazioni meritavano di trionfare.

Riferiamo ora le disposizioni del Codice di cui abbiamo dianzi cennato il principio informatore:

Se il locatore vende la cosa locata, il compratore è tenuto a stare alla locazione, quando questa sia anteriore alla vendita e consti da atto pubblico o da scrittura privata di data certa, semprechè il locatore stesso non siasi riservato il diritto di sciogliere la locazione in caso di vendita (art. 1597). Quantunque il conduttore non abbia un atto pubblico o una scrittura di data certa, se il suo possesso è anteriore alla vendita, il compratore è tenuto a lasciarlo continuare per tutto quel tempo per cui si intendono fatte le locazioni senza determinazione di tempo. Nel caso che il compratore voglia licenziare il conduttore dopo il detto tempo, è inoltre tenuto a renderlo avvertito nel termine stabilito dalla consuetudine del luogo per le denunzie di licenza (art. 1598). Se nel contratto di locazione si è convenuto, che nel caso di vendita il compratore possa licenziare il conduttore, questi non ha diritto ad alcuna indennità nè verso il locatore, nè verso il compratore, salvo che siasi pattuito il contrario (art. 1599). Il compratore, che vuol far uso della facoltà riservata nel contratto di licenziare il conduttore in caso di vendita, è tenuto a rendere anticipatamente avvertito il conduttore nel tempo fissato dalla consuetudine del luogo per le denunzie di licenza. L'affittuario de'beni rustici debb' essere avvertito almeno un anno prima (art. 1600). Il conduttore licenziato dall' acquirente in mancanza di locazione per atto autentico o per scrittura avente data certa, ha diritto al risarcimento dei danni verso il locatore (art. 1601). Il compratore con patto di riscatto non può usare della facoltà di licenziare il conduttore sino a che, collo spirare del termine fissato per il riscatto, non divenga irrevocabilmente proprietario (art. 1602). La disposizione sancita da quest'ultimo articolo fu introdotta dall'antica giureprudenza francese (1). Essa venne combattuta

(1) Il compratore con patto di riscatto, dicea Brodeau: « n'est pas seigneur et propriétaire incommutable pendant le temps de la grâce; car, pouvant être lui-même évincé par son vendeur il n'est pas juste

dal Pothier. Ma il Codice Napoleone, con savio consiglio, non seguì la sentenza di questo scrittore; ed il Codice italiano ha calcato le orme del Codice Napoleone. Ci piace richiamare ancora l'osservazione di un espositore del nostro Codice, che il divieto al compratore con patto di riscatto di licenziare il conduttore, sino a che non sia divenuto proprietario irrevocabile, è assoluto. Quindi ha effetto in ogni caso, cioè tanto se il locatore si riservò il diritto di licenziare il conduttore in caso di vendita, quanto se la locazione non fu fatta con atto pubblico o con scrittura privata avente data certa, o il possesso del conduttore non sia anteriore alla vendita; perchè in ogni caso è vera e trova applicazione la ragione della legge (1).

7.° *Prova della locazione.* — La locazione, per regola generale, è un contratto non solenne. Per eccezione, i contratti di locazione d'immobili per un tempo eccedente i nove anni devono farsi per atto pubblico o per scrittura privata (articolo 1314); e quindi vogliono esser ritenuti come contratti solenni. Sebbene non s'attenga al sistema probatorio, crediamo opportuno ricordare che, per avere effetto rispetto ai terzi, i contratti di locazione d'immobili eccedenti i nove anni devono essere resi pubblici col mezzo della trascrizione (articolo 1932).

Nel Progetto del Codice civile, presentato alla disamina della Commissione Coordinatrice, vi erano due articoli del seguente tenore: « Se la locazione fatta senza scrittura non ha ancora avuta alcuna esecuzione, ed una delle parti la impugni, non può ammettersi la prova di essa col mezzo di testimoni, comunque sia tenue il prezzo, e quantunque venga allegato che vi sia intervenuta caparra. Può solamente deferirsi il giuramento a colui che nega la locazione (art. 1586). Quando vi sia contestazione sul prezzo della locazione contratta verbalmente, la di cui esecuzione sia già incominciata, e non esista quietanza, si presterà fede al proprietario sul suo giuramento, eccettochè il conduttore non prescelga di domandare la stima per mezzo di periti, nel qual caso le spese della perizia rimangono a suo carico, se la stima eccede il

---

qu'il expulse le locataire qui a droit de lui. » Cit. da Troplong, *Louage*, num. 523.

(1) V. Pacifici-Mazzoni, *Trattato delle locazioni*, num. 231.

prezzo che egli ha dichiarato (art. 1587.). » I riferiti articoli del Progetto riproducevano le disposizioni racchiuse negli articoli 1715 e 1716 del Codice Napoleone.

Ma la Commissione Coordinatrice non fece buon viso alle medesime, per le seguenti considerazioni: « che non vi sarebbe ragione di scostarsi in questa parte dai principî generali in materia di prova; che le disposizioni di essi articoli finirebbero per aumentare le difficoltà e le questioni; che nelle parole dell'articolo 1587, *si presta fede al proprietario sul suo giuramento*, si avrebbe qualche cosa che ripugnerebbe ai principî di uguaglianza, a cui deve informarsi la legge scrupolosamente; che, infine, si pone così meglio in correlazione con sè medesimo il Progetto, il quale, e giustamente, non ha più creduto di accogliere la disposizione contenuta nell'articolo 1781 del Codice francese, in cui si dice (trattandosi della locazione dei domestici e degli operai), che le *maître est cru sur son affirmation pour la quotité des gages, pour le payement du salaire de l'année échoue, et pour les à-comptes donnés pour l'année courante* (1). »

Nella redazione definitiva del Codice fu accolto l'avviso propugnato, con unanimità di suffragi, dalla Commissione Coordinatrice.

II.

Regole particolari alla locazione delle case.

L'inquilino che non fornisce la casa di mobili sufficienti, può essere licenziato da essa, se non dà cautele bastanti ad assicurare la pigione (art. 1603). Il locatore, avendo sopra i mobili che forniscono la casa appigionata un privilegio pel pagamento de' crediti delle pigioni (art. 1958, num. 3), ha interesse che i mobili gli diano una sufficiente guarentigia. Allorchè manca questa guarentigia, e l'inquilino si nega a presentare altre cautele che assicurino il pagamento della pigione (ad esempio un'ipoteca, un pegno, un fideiussore), può il locatore licenziarlo. La destinazione della casa, conosciuta dal locatore al momento del contratto, può modificare

(1) Verb. num. 39 della Commissione Coordinatrice.

la disposizione dell'articolo 1603. Ad esempio, chi loca una casa per esercizî di scherma, non può pretendere che il conduttore la fornisca come una casa destinata ad abitazione.

Ma il valore dei mobili deve eguagliare l'ammontare delle pigioni per tutto il tempo della locazione? Se, ad esempio, la locazione è fatta per nove anni, i mobili debbono forse essere sufficienti per rispondere di nove annate di pigione? No: risponde il Troplong, e la sua opinione ci par degna di essere accolta; basta che possano rispondere del termine corrente, del prossimo, e delle spese che per avventura potranno cagionare il pignoramento e la vendita dei mobili in caso di non pagamento delle pigioni. Ben è vero che il numero terzo dell'articolo 1958 concede privilegio al locatore pel credito dell'anno in corso, dell'antecedente e delle scadenze successive portate dai contratti di locazione, se questa ha data certa, e pel credito dell'annata in corso e della susseguente, se non è certa la data della locazione. Ma nel caso preveduto dal numero terzo dell'articolo 1958, la non solvenza del conduttore, i cui mobili sono stati pignorati, modifica la posizione delle parti, e muove la legge a moltiplicare le guarentige del creditore privilegiato. Invece, nel caso dell'articolo 1603, la locazione incomincia; nulla fa presumere la rovina del conduttore; al contrario, si spera ch'egli adempirà fedelmente le assunte obbligazioni. D'altra parte il locatore non può esigere l'impossibile; non può costringere il conduttore a consacrare nell'acquisto di mobili un capitale superiore alle sue risorse ed alla sua condizione. Ecco perchè spetta al locatore, come diceva un antico giurista francese, il Bourjon, *veiller par terme;* spetta al locatore di non fare accumulare pigioni arretrate (1).

Talune riparazioni alla casa locata spettano all'inquilino, altre al locatore. Le riparazioni di piccola manutenzione, che stanno a carico dell'inquilino, se non vi è patto in contrario, sono determinate dalle consuetudini de' luoghi, e fra le altre sono le riparazioni da farsi: ai focolari, frontoni, stipiti ed architravi dei camini; all'incrostamento del basso delle muraglie negli appartamenti e negli altri luoghi di abitazione all'altezza di un metro; al pavimento ed a'quadrelli delle camere, quando solamente alcuni di essi sieno rotti; ai

(1) V. Troplong, *Louage*, num. 531.

vetri, eccetto che sieno stati rotti dalla grandine, o per qualche altro accidente straordinario e di forza maggiore, per cui l'inquilino non sia risponsabile; alle imposte degli usci, ai telai delle finestre, alle tavole dei tramezzi o alle imposte delle botteghe, ai cardini, ai chiavistelli e alle serrature (articolo 1604). Non sono però a carico dell'inquilino quelle fra le suddette riparazioni che siano cagionate da vetustà o da forza maggiore (art. 1605). Lo spurgamento dei pozzi e delle latrine è a carico del locatore (art. 1606).

Dopo aver riferite queste disposizioni del Codice, possiamo stabilire i seguenti principî circa le riparazioni che sogliono chiamare di piccola manutenzione:

A) L'inquilino è tenuto ai danni che si reputano derivati da sua colpa, cioè a dire, da mancanza di precauzione nell'uso della cosa confidata alla sua custodia; tutte le riparazioni locative, che il Codice enuncia (*indicationis non taxationis causa*), si riferiscono a questa regola.

B) L'inquilino non è tenuto a riparare i guasti della cosa, quando egli se ne è servito secondo la destinazione, ed i guasti son derivati dall'impiego stesso della cosa.

C) L'inquilino non risponde dei guasti che son derivati da vizio della materia o da cattiva costruzione.

D) Egli non è neanche tenuto a riparare i guasti che hanno la loro causa nella vetustà o nella forza maggiore.

E) Egli risponde non solo del fatto proprio, ma eziandio del fatto delle persone e degli animali che sono nella sua casa.

La locazione dei mobili somministrati per l'addobbo d'una casa intera, di un appartamento, di una bottega o di qualunque altro edifizio, si considera fatta per quel tempo che, secondo la consuetudine dei luoghi, sogliono ordinariamente durare le locazioni delle case, degli appartamenti, delle botteghe e di altri edifizi (art. 1607). Come bene osserva il Pacifici-Mazzoni, la locazione si considera fatta pel detto tempo, quantunque la casa, l'appartamento, la bottega o qualunque altro edifizio sia stato locato per un tempo determinato, più lungo o più breve di quello. La disposizione della legge è generale ed assoluta. Ogni distinzione a tal riguardo dovrebbe giudicarsi arbitraria. Tenuto conto della stessa ragione, si considera fatta la locazione per detto tempo, senza distinguere se i mobili si prendono in locazione dal proprietario della casa, dell'appartamento da addobbarsi, o da un

conduttore dell' una o dell' altro. Si noti peraltro che nella specie trattasi di una presunzione; la locazione *si considera* fatta. Questa presunzione perde la sua efficacia quando sia provato il contrario (1).

La locazione di un appartamento mobiliato s'intende fatta ad anno, se la pigione è pattuita a un tanto per anno; a mese, se è pattuita a un tanto per mese; a giorno, se è pattuita a un tanto per giorno. Non essendovi circostanza atta a provare che la locazione è stata fatta ad anno, a mese o a giorno, s'intende fatta secondo l'uso dei luoghi (art. 1608). La circostanza da cui si può ricavare che la locazione si è fatta ad anno, a mese o a giorno, è non solo quella enunciata dal Codice nella prima parte dell'articolo dianzi riferito, ma eziandio qualunque altra che valga a dimostrare che i contraenti hanno avuto la intenzione presunta dalla legge nel caso preveduto espressamente. Allorchè manca la circostanza alla cui esistenza è subordinata la presunzione che stabilisce il Codice, ovvero quando manca qualsiasi altra circostanza che la locazione si è fatta ad anno, a mese od a giorno, si deve intendere fatta la locazione secondo l'uso locale, come è detto nella parte terminativa dell'art. 1608 (2). In altre parole (come avverte il Laurent, sull'art. 1758 del Codice francese, cui risponde l' articolo 1608 del Codice italiano), non basta la mancanza di convenzione sulla durata della locazione di un appartamento mobiliato, perchè si debba ammettere l' applicazione degli usi locali. « Avant de suivre les usages, il faut appliquer la loi. » Ora la legge stessa fissa la durata della locazione, quando la pigione è pattuita a un tanto per anno, o per mese, o per giorno. Sol quando la pigione non è stata pattuita a un tanto per anno, per mese o per giorno, la locazione s'intende fatta secondo la consuetudine locale (3).

Se la locazione è stata fatta senza determinazione di tempo, non può alcuna delle parti contraenti dare la licenza all'altra, senza osservare i termini stabiliti dalla consuetudine dei luoghi (art. 1609). Se un inquilino continua nel godimento della casa o dell'appartamento, spirato il termine fis-

(1) V. Pacifici-Mazzoni, *Trattato delle locazioni*, num. 241.

(2) V. Ricci, *Corso teorico pratico di diritto civile*, Vol. VIII, numero 165.

(3) V. Laurent, *Principes de droit civil*, Vol. XXV, num. 320.

sato per la locazione, senza opposizione per parte del locatore, s'intende che lo ritiene alle stesse condizioni pel tempo determinato dalla consuetudine dei luoghi, e più non può dimetterlo od esserne licenziato, se non dopo una licenza data nel tempo stabilito dalla stessa consuetudine (articolo 1610).

Questi due ultimi articoli contemplano due ipotesi diverse. La prima è questa: si è stipulata una locazione senza determinazione di tempo; il Codice stabilisce che nè il locatore può dar licenza all'inquilino, nè questi può dimettere il godimento della cosa locata, se non dopo essersi osservate le consuetudini locali circa i termini per le licenze e le disdette.

La seconda ipotesi è questa: un inquilino continua nel godimento della casa o dell'appartamento, spirato il termine fissato per la locazione e senza opposizione da parte del locatore: in tal caso ha luogo una tacita riconduzione. Quale è il tempo di godimento necessario per far pronunziare la riconduzione? Il Codice serba silenzio su questo punto: esso è abbandonato alla prudente estimazione dell'autorità giudiziaria, come abbiamo superiormente avvertito. Per qual tempo la riconduzione si reputa fatta? pel tempo determinato dagli usi locali.

Ma, pur abbandonata alla consuetudine locale la determinazione della durata della riconduzione, il Codice con savio consiglio dispone, che l'inquilino non può dimettere il godimento della casa o dell'appartamento, od esserne licenziato, se non dopo una licenza data nel tempo stabilito dalla medesima consuetudine. E notisi, che ciò deve applicarsi anche quando la locazione primigenia avesse avuto un tempo determinato nel contratto (V. articolo 1591). Come nota il Troplong, quando il proprietario non s'è opposto alla continuazione dell'inquilino nel godimento della casa o dell'appartamento, ciò dà luogo a ritenere ch'egli è soddisfatto di questo inquilino; siffatta presunzione perdura sino a che egli non la faccia cessare colla manifestazione di una volontà contraria.

La disdetta a darsi per impedire la tacita riconduzione, nei casi in cui è richiesta, deve essere esplicita e non può dedursi da manifestazioni o dichiarazioni di carattere equivoco. Se la tacita riconduzione non può desumersi dal termine di tolleranza più o meno breve che puossi accordare

per lo sgombero, dopo la scadenza del contratto, si deduce però dal possesso accompagnato da circostanze idonee a rivelare la volontà delle parti. Fra queste, per ciò che concerne il conduttore, primeggia la prosecuzione del pagamento delle pigioni nelle scadenze convenzionali, senza alcuna riserva (1).

Nel caso di risoluzione del contratto per colpa dell'inquilino, questi è obbligato a pagare la pigione pel tempo necessario ad una nuova locazione, ed a risarcire i danni che fossero derivati dall'abuso della cosa locata (art. 1611). Non bisogna credere che in tal caso l'inquilino sia tenuto al pagamento delle pigioni, durante tutto il tempo che il locatore non ha fatto una novella locazione. L'art. 1611 lo sottopone al pagamento della pigione *pel tempo necessario ad una nuova locazione;* cioè a dire, pel tempo lasciato al proprietario, secondo l'uso dei luoghi, per assicurarsi di un nuovo inquilino.

Il locatore non può sciogliere il contratto, ancorchè dichiari di voler abitare egli stesso la casa locata, se non vi è patto in contrario (art. 1612). Questo articolo deroga alla celebre legge *Aede* dell'imp. Antonino, in virtù della quale permettevasi al locatore di espellere il conduttore dalla casa locata, quando egli volesse venirvi ad abitare. « Aede, quam te conductam habere dicis, si pensionem domino in solidum solvisti, invitam te expelli non oportet: *nisi propriis usibus dominus eam necessariam esse probaverit.* » (L. 3, Cod. *de locato et conducto*). Perchè, sotto l'impero del Diritto moderno, si possa riconoscere tal facoltà nel locatore, si richiede ch'egli l'abbia espressamente stipulata nel contratto. Statuisce a tal riguardo l'articolo 1613: Quando si è pattuito nel contratto di locazione che il locatore possa portarsi ad abitare la casa, egli è tenuto a dare anticipatamente la licenza all'inquilino nel tempo fissato dalla consuetudine del luogo. Si osservi, che il Codice non ammette che l'inquilino possa chiedere una indennità: e ragionevolmente. Il locatore fa uso d'una facoltà consentita nel contratto; ora, *nemo damnum dat qui jure suo utitur* (L. 55, D. *de div. regulis juris*).

Quando si ha riguardo alla storia del Diritto italiano, si trova che lo Statuto di Bobbio disponeva allo stesso modo del Diritto moderno: « Locator non potest inquilinum expel-

(1) Corte di appello di Roma; sentenza dei 7 febbraio 1895; nella *Giurisprudenza italiana,* anno 1895, parte I, sez. II, pag. 160.

lere ante completum terminum locationis, licet dicat se velle ibi habitare. » Ma, generalmente, vigeva il sistema romano. Così, nelle Consuetudini di Milano era prescritto: « Amplius dominus rei locatae infra tempus etiam locationis colono poterit (rem) auferre, si propriis usibus fuerit necessaria; (quod) quomodo intelligendum sapientibus interpretandum relinquimus. » E non aveasi riguardo unicamente ai bisogni individuali del locatore, ma anche a quelli delle figlie maritate e dei fratelli che con lui vivevano. Per impedire l'abuso nell'esercizio di questo diritto riconosciuto a favore del locatore, erano stabilite delle cautele nell'interesse del conduttore; il proprietario doveva realmente recarsi ad abitare la casa, doveva indennizzare il conduttore e dargli il tempo necessario per procurarsi una nuova abitazione (1). E noi superiormente abbiamo riferita la dottrina del Pacioni.

III.

Regole particolari alla locazione de'fondi rustici.

I giureconsulti romani notarono (lo abbiamo avvertito), che il contratto di locazione ha molti punti di contatto con quello di vendita. L'art. 1614 del Codice dimostra che tal concetto vuolsi adottare anche nel giure moderno. Il citato articolo dispone, che se in un contratto d'affitto si dà ai fondi una maggiore o minore estensione di quella che realmente hanno, non si fa luogo alla diminuzione o all'aumento del fitto che nei casi, nel termine e secondo le regole spiegate nel titolo *Della vendita*. Procediamo all' applicazione di queste regole.

La locazione dei fondi rustici può essere fatta coll'indicazione della quantità, in ragione di un tanto per ogni misura. Due casi possono allora presentarsi; *eccedenza* o *deficienza* della quantità pattuita.

Primo caso: eccedenza. Mevio loca a Sempronio un fondo

(1) Prescriveva lo Statuto veneto: *ita tamen quod patronus teneatur in eadem domo habitare ad minus per annum unum*, pena un anno di prigione. V. Pertile, *Storia del Diritto italiano*, Vol. IV, § 161; Padova, 1874.

di 60 ettari, pel prezzo di 6000 lire, a ragione di 100 lire per ettaro. In sèguito si assoda che la quantità è di 70 ettari, invece di 60. Giusta la disposizione dell' articolo 1474, Sempronio, affittuario, deve corrispondere a Mevio, locatore, un supplemento di prezzo; e poichè, nell' esempio che abbiamo addotto, l'eccedenza oltrepassa la vigesima parte della quantità dichiarata nel contratto, Sempronio ha facoltà di recedere dal medesimo.

Secondo caso: deficienza. Mevio loca a Sempronio un fondo di 60 ettari, pel prezzo di 6000 lire, a ragione di 100 lire per ettaro. Sempronio entra nel godimento del fondo, e si accorge che la quantità reale non è quella che trovasi indicata nel contratto. In tal caso Mevio, locatore, è obbligato di consegnare all'affittuario, che lo esige, la quantità indicata nel contratto; quando ciò non è possibile, o l'affittuario non lo esige, il locatore è obbligato a soggiacere ad una proporzionata diminuzione del prezzo. È questa la regola sancita nell'articolo 1473.

In tutti gli altri casi, sia che il fondo sia stato locato come corpo determinato e limitato (*ad corpus, non ad quantitatem*), sia che la locazione abbia per oggetto fondi distinti e separati, ovvero cominci dalla misura o dall'indicazione del corpo locato susseguìta dalla misura, l'espressione della misura non dà luogo ad alcun supplemento di prezzo in favore del locatore per l'eccedenza della medesima, nè ad alcuna diminuzione di prezzo in favore dell'affittuario, se essa sia minore, salvo quando la differenza della misura reale in confronto di quella indicata nel contratto ecceda la vigesima parte in più o in meno del valore intero della cosa locata, purchè non vi sia stipulazione in contrario. Quando vi è luogo ad accrescimento di prezzo per eccedenza di misura, l' affittuario ha la scelta o di recedere dal contratto, o di corrispondere il supplemento del prezzo cogli interessi se ha ritenuto il godimento del fondo (V. art. 1475 e 1476). In tutti i casi nei quali l' affittuario usa del diritto di recedere dal contratto, il locatore è tenuto a restituirgli, oltre il prezzo che avesse ricevuto, le spese del contratto medesimo (V. articolo 1477). Nei casi sopra espressi l'azione pel supplemento del prezzo che spetta al locatore e quella per la diminuzione del prezzo o pel recesso dal contratto, che spetta all'affittuario, debbono proporsi nel termine di un anno dal giorno del

contratto, sotto pena della perdita delle rispettive ragioni (V. art. 1478). Se si sono locati due fondi collo stesso contratto e per un solo e medesimo prezzo, coll'indicazione della misura di ciascuno di essi, e si trova che la quantità è minore nell'uno e maggiore nell'altro, se ne fa la compensazione fino alla debita concorrenza; e l'azione, tanto pel supplemento, quanto per la diminuzione del prezzo, non ha luogo se non in conformità delle regole sopra stabilite (V. art. 1479).

Trattandosi di affitto a corpo e non a misura, senza alcuna garantìa di estensione e di quantità di terreno, con rinunzia esplicita ad ogni diminuzione di fitto, anche per eventi straordinarii ed impensati, non vi è luogo a reclamo per risoluzione del contratto a causa d'inadempimento per non integrale consegna del fondo, e neppure per riduzione del fitto per la differenza nella superficie minore consegnata. Non ostante ciò è sempre proponibile l'azione di nullità per causa di dolo del locatore, e di errore *in substantia* da parte del conduttore; e possono essere ammesse le prove dedotte per constatarlo. Per altro è insindacabile in cassazione la pronunzia del magistrato che escluda il concorso del dolo, e riconosca che i fatti dedotti, ancorchè provati, non potevano costituire artifizi e raggiri dolosi; ed escluda del pari il preteso errore, specialmente avuto riguardo alla circostanza di fatto, che il conduttore aveva ispezionato personalmente il fondo, era pratico dei luoghi, ed aveva raccolte notizie ed informazioni prima di concludere il contratto, esprimendo poi la rinunzia ad ogni eccezione (1).

Dopo avere applicate alla locazione dei fondi rustici le disposizioni sopra indicate statuite in materia di vendita, il Codice passa a tener parola de'casi ne'quali il locatore può domandare lo scioglimento dell'affitto, per inadempimento del contratto da parte dell'affittuario: Se l'affittuario di un fondo rustico non lo fornisce del bestiame e degli strumenti necessari alla coltivazione, se ne abbandona la coltura, se non lo coltiva da buon padre di famiglia, se impiega il fondo locato a uso diverso da quello per cui fu destinato, o generalmente se non eseguisce i patti dell'affitto, in guisa che ne derivi

(1) Corte di Cassazione di Firenze; sentenza dei 5 agosto 1893; negli *Annali della giurisprudenza italiana,* anno 1893, parte I, pagina 373.

danno al locatore, questi può, secondo le circostanze, fare sciogliere l'affitto. In tutti i casi l'affittuario è tenuto al risarcimento dei danni derivanti dall'inadempimento del contratto (art. 1615). Le disposizioni racchiuse in questo articolo sono un corollario del numero primo dell'articolo 1583; il quale stabilisce, come una delle obbligazioni principali del conduttore, quella di servirsi della cosa locata da buon padre di famiglia, e per l'uso determinato nel contratto, o in mancanza di convenzione, per quello che può presumersi secondo le circostanze. Come insegnava il Menochio: « Locator si promisit non expellere colonum, intelligitur modo is recte colat, et debitam pensionem praestet; cum ea sint de natura locationis, secundum quam locatorem locasse praesumitur (1). »

Crediamo opportuno di arrestarci brevemente sulla obbligazione che incombe all'affittuario, di non impiegare il fondo locato a uso diverso da quello per cui fu destinato. In forza di questa obbligazione deve ritenersi, che all'affittuario non è consentito di ridurre a coltura una porzione non coltivata del fondo? Il Pothier insegnava, che l'affittuario può dissodare i terreni che, al tempo dell'incominciamento dell'affitto, erano incolti; ciò non costituisce un cangiamento nella destinazione della cosa, imperciocchè i fondi locati hanno appunto questa destinazione, di essere coltivati. È dell'interesse del proprietario, è anche dell'interesse sociale, che i terreni incolti siano coltivati. Ancora: vuolsi ritenere che l'affittuario deve in proposito godere di una grande libertà; se egli fosse vincolato dall'uso del proprietario, ovvero dal godimento degli affittuari che lo hanno preceduto, ogni miglioramento diverrebbe impossibile, e certo è nell'intenzione delle parti contraenti che la coltura sia migliorata (2). Il Laurent approva la teoria svolta dal Pothier; dichiara anzi che essa non può essere posta in dubbio: *ce qui est évident* (3). Ma noi crediamo preferibile la dottrina propugnata da un espositore del Codice italiano, dal Ricci. Egli incomincia coll'osservare che, di regola generale, poichè l'affitto ha per iscopo la coltura, anzi la buona coltura dei fondi rustici, non può rimprove-

(1) V. Menochio, *De praesumptionibus*, Lib. VI, praes. X, num. 2; Genevae, 1676.

(2) V. Pothier, *Louage*, num. 279.

(3) V. Laurent, *Principes de droit civil*, Vol. XXV, num. 436.

rarsi il conduttore se coltiva ciò che il locatore lasciava incolto. Ma ogni regola ha la sua eccezione, e quella accennata non può esserne esente. Quando il locatore si lamenta per avere il conduttore ridotto a coltura il fondo, o quella parte di esso lasciata per destinazione incolta, convien determinare se il suo lamento sia fondato, se la coltura cioè cui si è dal conduttore assoggettato il fondo locato, gli abbia, o pur no, recato danno. Se danno vi ha, come può verificarsi nel caso in cui siasi dissodata una prateria destinata ad alimentare il bestiame, che è l'unica o la principale industria agricola, o nell'ipotesi in cui il terreno, per il forte suo pendio, o per altre cause, non si presti ad essere coltivato, il locatore ha ragione di dolersi dell'introdotta coltura, e può rimproverare all'affittuario l'inadempimento dei suoi doveri. Sol quando dalla coltivazione non derivi alcun danno al locatore, anzi ne abbia vantaggio, solo in questo caso il suo lamento deve ritenersi ingiusto, e non può trovare ascolto presso il magistrato (1).

Ogni affittuario è tenuto a riporre i raccolti nei luoghi a tal fine destinati nel contratto di locazione (art. 1616). Questo articolo, rispondente all'art. 1767 del Codice Napoleone, è stato dettato allo scopo di evitare le controversie tra il locatore e colui nei fondi del quale si fossero riposti i raccolti. In caso contrario, quasi sempre costui godrebbe sui raccolti di un privilegio, che andrebbe innanzi a quello del locatore (2).

Il Codice passa a tener parola dei casi nei quali si può domandare la riduzione del fitto, in conseguenza della perdita della raccolta per caso fortuito. Riferiamo prima d'ogni altro le disposizioni del Codice:

Se l'affitto è fatto per più anni, e durante lo stesso la totalità o almeno la metà della raccolta di un anno perisce per casi fortuiti, l'affittuario può domandare una riduzione del fitto, eccetto che sia compensato dalle precedenti raccolte. Se non è compensato, non si fa luogo a determinare la riduzione che alla fine dell'affitto; nel qual tempo si fa un conguaglio coi frutti raccolti in tutti gli anni del medesimo.

---

(1) V. Ricci, *Corso teorico pratico di diritto civile*, Vol. VIII, numero 176.

(2) V. Troplong, *Louage*, num. 684.

Frattanto può l'autorità giudiziaria dispensare temporaneamente l'affittuario dal pagamento di una parte del fitto, in proporzione del danno sofferto (art. 1617). Se l'affitto è per un anno solo, ed è accaduta la perdita o della totalità o almeno della metà dei frutti, l'affittuario viene esonerato da una parte proporzionata del fitto. Non può pretendere alcuna riduzione, se la perdita è minore della metà (art. 1618). L'affittuario non può conseguire la riduzione, se la perdita dei frutti accade dopo che sono separati dal suolo, eccetto che il contratto assegni al locatore una quota dei frutti in natura; nel qual caso questi deve soggiacere alla perdita per la sua parte, sempre chè il conduttore non fosse in colpa nè in mora per la consegna al locatore della sua porzione dei frutti. L'affittuario non può parimente domandare una riduzione, se la causa del danno sussisteva ed era nota al tempo in cui fu stipulato l'affitto (art. 1619).

Le riferite disposizioni sono pienamente conformi alla natura del contratto di locazione dei fondi rustici. Il Diritto romano e il canonico hanno apprestato a tal riguardo le norme, che ha seguìte il nostro legislatore. I frutti pendenti, i frutti non ancora raccolti costituiscono una parte del fondo; sino a quando essi non sono raccolti dall'affittuario, il diritto di accessione attribuisce loro la stessa condizione del fondo; essi dunque, al pari del fondo, sono a rischio e pericolo del locatore. « Longe alia ratio est fructuum ex fundo locato *perceptorum,* alia *percipiendorum;* qui percepti sunt, quoniam perceptione facti sunt conductoris, ejus periculo sunt. At percipiendi, *quia partem fundi efficiunt,* quamdiu in fundo sunt, tametsi jam maturi et pendentes sunt, *non in alterius quam locatoris dominio esse possunt.* Ergo vim omnem majorem cui resisti non potest, sive divina illa sit, sive humana, ut Bartolus loquitur, dominus colono praestare debet. » Così il presidente Fabro riassume egregiamente la teoria dei giureconsulti romani (1).

Ma il Diritto romano non contiene nessuna regola precisa circa la quantità dei frutti perduti che dà luogo alla riduzione del fitto. Un quarto, un terzo, una metà? Ecco la norma che a tal riguardo ci han lasciato i giureconsulti di Ro-

(1) V. Fabro, *Commentarii in Pandectas,* Ad L. 15, § 2, D. *locati conducti;* Lugduni, 1661.

ma: « Vis major non debet conductori damno esse, *si plus quam tolerabile est,* laesi fuerint fructus. Alioquin, *modicum damnum,* aequo animo, ferre debet colonus, cui immodicum lucrum non aufertur. » Così Gaio (L. 25, § 6, D. *locati conducti*); ma non è detto con precisione quale deve essere la misura del danno.

I Canonisti, commentando il capitolo *Propter sterilitatem,* presero ad archetipo in tal materia la misura per cui si ammette la lesione nella vendita; dissero che, per farsi luogo alla riduzione del fitto, la perdita dovea essere oltre la metà della raccolta ordinaria: *ut non percipiatur dimidium ejus, quod consuetum est colligi annuatim ex re locata.* Ma qui sorgeva una quistione abbastanza grave: come calcolare siffatta perdita *ultra dimidium?* Deve aversi riguardo alla *quantità* dei frutti od al *valore* dei medesimi? Questa seconda sentenza fu propugnata da Bartolo; la prima dai Canonisti. Ad esempio, il fondo, pei disastri della stagione, invece di produrre quindici sacchi di grano, raccolta ordinaria, ne ha prodotto sette; ma, appunto per la deficienza di questa derrata, i sette sacchi si vendono per un prezzo eguale a quello che i quindici sacchi avrebbero avuto nel tempo ordinario. In tal caso vi sarà luogo a riduzione? Sì, rispondono i Canonisti; no, risponde Bartolo (1).

Il Codice faceva buon viso alla teoria dei Canonisti; fa d'uopo aver riguardo unicamente alla *quantità* dei frutti. Ciò si trae apertamente dalle parole di cui il Codice si serve: *raccolta che perisce, perdita dei frutti.* E questa teoria è confortata dalla equità. Sempre che non vi è stata perdita della raccolta, ed i prezzi sono talmente vili che l'affittuario è privato di più della metà dei vantaggi ordinari, egli non ha diritto a nessuna diminuzione di prezzo. Per reciprocanza, deve trar vantaggio dal caro dei prezzi; altrimenti vi sarebbero due pesi e due misure.

In due casi il Codice nega all'affittuario la riduzione del prezzo della locazione.

1.° Se la perdita dei frutti accade dopo che sono separati dal suolo. Questa separazione ha fatto passare la proprietà dei frutti nell'affittuario; essi non formano più l'accessorio

(1) V. Brunnemanno, *Comm. in Pandectas,* Ad L. 15, D. *locati conducti;* Witeb. 1701.

del fondo. Tale regola non è talmente assoluta che non soffra delle eccezioni. Quando il conduttore è un affittuario che paga in derrate, ove siasi convenuto che la prestazione dovuta si sarebbe presa in natura sui frutti della cosa, la perdita dei frutti ricade sul proprietario in proporzione della parte che a lui è dovuta; ove non siasi convenuta l'*origine*, la *fonte* delle derrate, la perdita dei frutti non deve mai ricadere sul proprietario; imperciocchè in tal caso *conductor est debitor generis, quod nunquam perit* (1). Anche nel caso superiormente indicato, quando si è convenuta l'*origine* delle derrate, il locatore non deve soggiacere alla perdita dei frutti per la sua parte, se la perdita si è avverata per colpa dell'affittuario, o dopo che costui è caduto in mora.

2.° Se la causa del danno sussisteva ed era nota al tempo in cui fu stipulato l'affitto. In tal caso si suppone ragionevolmente che l'affittuario ha voluto sottoporsi ad ogni rischio pei frutti, separati o non separati dal suolo. D'altra parte, è pur da supporsi, che l'affittuario, conoscendo la causa del danno al momento della stipulazione, ha tenuta presente questa circostanza nella determinazione del prezzo; cioè a dire, ha pattuito un prezzo minore.

La prova della perdita dei frutti per caso fortuito può farsi mediante testimoni? L'affermativa non ci sembra dubbia, risponde il Laurent. I casi fortuiti sono dei fatti materiali, i quali, per sè stessi, non producono nè diritti nè obbligazioni; essi possono dunque provarsi per testimoni, qualunque sia il valore della lite. Noi ci troviamo nel campo del diritto comune. La prova può essere difficile dopo un certo numero di anni; ma la difficoltà della prova non è valida ragione per rigettarla (2).

L'affittuario può, con una espressa convenzione, assoggettarsi ai casi fortuiti (art. 1620). Tale convenzione non s'intende fatta che pei casi fortuiti ordinari, come la grandine, il fulmine, la brina. Essa non s'intende fatta pe'casi fortuiti straordinari, come le devastazioni della guerra, o una inondazione a cui non sia d'ordinario sottoposto il paese, eccetto che l'affittuario siasi assoggettato a tutti i casi fortuiti preveduti ed impreveduti (art. 1621).

---

(1) V. Fabro, *Codex*, Lib. IV, tit. XLII, num. 22; Lugduni, 1661.
(2) V. Laurent, *Principes de droit civil*, Vol. XXV, num. 463.

La scuola di Bartolo introdusse, in materia di casi fortuiti (1), una distinzione vivamente combattuta da Arnoldo Vinnio: la distinzione dei casi fortuiti *ordinari* o *preveduti* e dei casi fortuiti *straordinari* o *impreveduti*. Vinnio osservava in contrario: se un caso fortuito è stato *preveduto*, cessa di essere caso fortuito (2). Ma il Codice italiano, sulle orme del francese, adottava la distinzione dei Bartolisti; come si rileva apertamente dai due articoli che sopra abbiamo riferiti. Ivi si parla di casi fortuiti *ordinari* e *straordinari, preveduti* ed *impreveduti*.

E noi certamente non muoveremo rimprovero al legislatore per avere accolta questa distinzione: imperciocchè vi sono dei casi fortuiti ordinari, di cui si può prevedere l'avvenimento probabile, quantunque in un incerto avvenire; come il fulmine, la grandine, la brina. Si conosce, al momento del contratto, che l'inverno non passerà probabilmente senza brine, che la state porterà della grandine. Questi sono dei casi fortuiti *preveduti,* quantunque sia impossibile prevedere il tempo preciso in cui avranno luogo e le parti del fondo che ne soffriranno. Ma questi *casi* non sono meno *fortuiti,* sì perchè ciò che i calcoli umani possono prevedere è talmente mescolato d'imprevisto, talmente dominato dall'incertezza, che non si può veramente dire che siavi stata previsione; sì perchè sono dei fatti da cui la prudenza umana non può garantirsi, perchè al disopra delle nostre forze limitate (3). Il Pacioni adduce questo esempio di un caso fortuito impreveduto e straordinario: se il re di Persia venga a devastare il reame di Francia, *si Rex Persarum venisset Galliam depraedandam*. È questo un caso impreveduto e straordinario, imperciocchè: « propter circumstantias scilicet potentiae notoriae Regis Gallorum, de quo dicit Baldus, quod contra eius vexilla nemo sibi honorem assumat, ac absentiae tam longinquae Regis Persarum, nemo de eo facile cogitasset (4). »

(1) Il caso fortuito dicesi ancora forza maggiore, *vis major,* a cagione dell'azione invincibile che esercita. « Casus fortuitus, nota l'Averani, appellatur vis major, vis divina, fatum, damnum fatale, fatalitas. »

(2) V. Vinnio, *Quaestiones selectae,* Lib. II, Cap. I; Lugduni, 1747.

(3) V. Troplong, *Louage,* num. 757.

(4) V. Pacioni, *De locatione et conductione,* Cap. XLIX, num. 101; Romae, 1677.

Dopo avere statuite le regole intorno alle conseguenze dei casi fortuiti, il Codice parla della durata dell'affitto di un fondo rustico senza determinazione di tempo. Questo affitto si reputa fatto pel tempo che è necessario affinchè l'affittuario raccolga tutti i frutti del fondo locato. L' affitto di terreni colti, quando sono divisi in porzioni coltivabili alternativamente, si reputa fatto per tanti anni quante sono le porzioni (art. 1622). Le disposizioni di questo articolo si spiegano agevolmente. Quando le parti, nello stipulare l'affitto di un fondo rustico, han serbato silenzio circa la durata dello stesso, la legge avendo in mira lo scopo che si è proposto l'affittuario, precisa il termine che fa cessare la locazione. Questa ha termine quando l'affittuario ha raccolti tutti i frutti del fondo. Così, quando la natura del fondo è tale che tutti i frutti si raccolgono in un anno, come un prato, una vigna, una terra che deve seminarsi a grano ecc., l'affitto si reputa fatto per un anno. Ma quando i terreni colti sono divisi in porzioni coltivabili alternativamente, l'affitto si reputa fatto per tanti anni quante sono le porzioni. Ad esempio, una porzione di terreno dà grano nel primo anno, orzo od avena nel secondo; nel terzo si riposa e dicesi allora *maggese, novale*. Suppongasi, che un terreno sia diviso in tre porzioni coltivabili alternativamente, è chiaro che l'affittuario s' è proposto di raccogliere del grano da ciascuna delle tre porzioni; ed egli non godrebbe pienamente dei frutti della cosa se l'affitto non durasse almeno tre anni. Ecco perchè, giusta il capoverso dell'art. 1622, l'affitto si reputa fatto per tanti anni quante sono le porzioni.

L'affitto dei fondi rustici, quantunque fatto senza determinazione di tempo, cessa di diritto collo spirare del tempo per cui s'intende fatto, a norma dell'art. 1622 dianzi esaminato (art. 1623); imperciocchè nella natura stessa dell'affitto si trova un termine fisso, quello della raccolta dei frutti ch'esso è destinato a procurare all' affittuario. Non è quindi necessaria la licenza per rompere le relazioni tra costui ed il locatore. Ma, come soggiunge l'art. 1624, se allo spirare dell'affitto di fondi rustici fatto per un tempo indeterminato, l'affittuario continua ed è lasciato in possesso, ne risulta un nuovo affitto, il cui effetto è determinato dall'art. 1622; cioè a dire, il nuovo affitto durerà sino a quando l' affittuario raccolga tutti i frutti del fondo. Il Supremo Collegio di Firenze

applicava esattamente il sistema della legge, decidendo che l'affitto di fondo rustico per tempo indeterminato, il quale si reputa fatto per il tempo necessario a che l'affittuario raccolga tutti i frutti del fondo locato (art. 1622), cessa di diritto collo spirare di quel termine (art. 1623); e qualora l'affittuario continui e sia lasciato in possesso, ne risulta un nuovo affitto a norma del citato articolo 1622 (art. 1624). Laonde merita censura la sentenza che, con errato criterio giuridico, al fine di ravvisare necessaria una previa licenza da parte del locatore, suppone verificatosi un affitto rinnovabile sempre indeterminatamente (1).

Il legislatore dovea regolare lo stadio di transizione tra l'affitto che cessa e l'affitto che incomincia; dovea conciliare gli interessi dell'affittuario che esce dal fondo e dell'affittuario che ne intraprende la coltura: dovea eziandio aver riguardo agli interessi sociali. Statuisce l'art. 1625: L'affittuario che cessa deve lasciare a quello che gli succede nella coltivazione i fabbricati opportuni e gli altri comodi occorrenti pei lavori dell'anno susseguente; e reciprocamente, il nuovo affittuario deve lasciare a quello che cessa, gli opportuni fabbricati e gli altri comodi occorrenti pel consumo dei foraggi e per le raccolte che restano a farsi. Così nell'uno come nell'altro caso si debbono osservare le consuetudini dei luoghi. E l'art. 1626: L'affittuario che cessa, deve pure lasciare la paglia, lo strame ed il concime dell'annata, se li ha ricevuti al principio dell'affitto; se non li ha ricevuti, il locatore può ritenerli secondo la stima. Nella disposizione di quest'ultimo articolo si ravvisa evidente il concetto del legislatore, di contemperare il diritto di proprietà cogli interessi dell'agricoltura. Che cosa diverrebbe il fondo senza i concimi periodici? Ed ove procurarseli nella maggior parte dei casi, se l'affittuario che cessa non fosse espropriato di quelli che si trovano nel fondo? Quanto alla paglia ed allo strame, non vi ha provvigione più necessaria per alimentare il bestiame e per servire di letto agli animali domestici (2).

---

(1) Corte di Cassazione di Firenze; sentenza dei 15 marzo 1895; negli *Annali della giurisprudenza italiana*, anno 1895, parte I, pag. 167.

(2) Gli animali domestici « qui se plaisent sur leurs couches molles et saines; puis, lorsqu'elles ont été pénétrées de leurs excréments et de leur transpiration, elles se convertissent en fumiers réparateurs et

152. Della locazione delle opere.

BIBLIOGRAFIA. — 1.° Haase, *De opere locato conducto* (Lipsiae, 1814);— 2.° Grenier de Cardenal, *Du louage d'ouvrage et d'industrie* (Bergerac, 1874); — 3.° Anizon, *Du louage des services et d'industrie* (Nantes, 1874);—4.° Vita-Levi, *Della locazione di opere e più specialmente degli appalti* (Torino, 1876); — 5.° Bonnet, *Du louage d'ouvrage et de services* (Paris, 1878);—6.° De Lalande, *De la prescription de l'action en responsabilité contre les architectes et les entrepreneurs* (Paris, 1882);—7.° Lomonaco, *Trattato del contratto di appalto, giusta i principii del Diritto civile e del Diritto amministrativo* (nella *Enciclopedia giuridica italiana*, verb. *Appalto*, Napoli, 1883-84);—8.° Paquy, *De la locatio operis* (Paris, 1884);— 9.° Roselli, *Delle persone di servizio in rapporto alla vigente legislazione* (nella *Gazzetta del procuratore*, Vol. XIX, pag. 109 e seg., anno 1884);—10.° Lebrun, *Du louage de services et d'industrie* (Paris, 1885); — 11.° Fraissaingea, *De la responsabilité des architectes et des entrepreneurs d'après le Code civil* (Bordeaux, 1887)— 12.° Bufalini, *Responsabilità civile e penale degli architetti, ingegneri civili e industriali* ecc. (Milano, 1888); — 13.° Boulard, *Du louage de services* (Paris, 1888);—14.° Fadda, *Dell'azione del subappaltatore contro il committente per il pagamento dei lavori eseguiti: interpretazione dell'art. 1645 Codice civile* (nel *Foro italiano*, anno 1890, parte I, pag. 401 e seg.);—15.° Scialoia, *Sulla natura giuridica dell'azione contro il committente concessa dall'art. 1645 Codice civile ai muratori, fabbri e altri artefici impiegati nella costruzione di un'opera data in appalto* (nel *Foro italiano*, anno 1890, parte I, pag. 543 e seg.); — 16.° Stegmann, *Folgen d. Contractbruches d.* locator operarum (Leipzig, 1890); — 17.° Penanrun, *Les architectes et leurs rapports avec les propriétaires, les entrepreneurs et les tiers, dans les travaux particuliers et publics* (Paris, 1892);—18.° Mongin, *Le droit de congé dans le louage de service* (nella *Revue critique de législation et de jurisprudence*, anno 1893, pag. 342 a 361);—19.° Tartufari (L.), *Delle cause di cessazione o ri-*

---

fertilisants. C'est ainsi que, par une heureuse combinaison, les récoltes font les engrais et les engrais font les récoltes. » V. Troplong, *Louage*, num. 782.

soluzione del contratto di locazione d'opera (nel *Foro italiano*, anno 1893, parte I, pag. 1170 e seg.);—20.° Eisenmann, *Le contrat d'édition et les autres louages d'oeuvres intellectuelles* (Paris, 1895).

Vi sono tre principali specie di locazione di opere e d'industria: 1.° Quella per cui le persone obbligano la propria opera all'altrui servizio; 2.° Quella dei vetturini sì per terra come per acqua, che s'incaricano del trasporto delle persone o delle cose; 3.° Quella degli imprenditori di opere ad appalto o cottimo (art. 1627).

1.° La prima specie di locazione di opere è quella delle persone che obbligano la propria opera all'altrui servizio. I *domestici* ed i *giornalieri* vanno compresi in questa classe di locatori di opere.

Giusta l'articolo 1628, nessuno può obbligare la propria opera all'altrui servizio che a tempo, o per una determinata impresa. *Nemo potest locare opus in perpetuum*. Tale disposizione ha per oggetto di proteggere la libertà individuale. Il legislatore ha temuto che, sotto le parvenze di una locazione perpetua, un uomo si possa ridurre alla condizione di schiavitù; il legislatore si è ricordato delle belle parole di Papiniano: « Jus libertatis non debet infringi. » (L. 71, § 1, D. *de condit. et demonstrationibus*) (1).

In rapporto al numero primo dell'articolo 1627, il Ricci fa un'osservazione che vogliamo riferire. Può sembrare, egli dice, che il legislatore, parlando di opere che si prestano in servizio altrui abbia inteso comprendere nella specie le opere soltanto dei domestici, e di coloro che lavorano nelle fabbriche, nelle officine, nelle terre ecc., mediante giornaliera retribuzione. Questa opinione, se può avere un qualche fondamento rimpetto al Codice francese, in cui si contiene un'apposita sezione avente per titolo della locazione delle opere dei domestici e degli operai, non ne ha alcuno in diritto patrio, dappoichè il nostro Codice non parla nè di domestici, nè di operai, ma parla di coloro che impiegano la propria

(1) Giusta il Diritto inglese, quando un domestico si è obbligato a prestare i suoi servigi, e non vi è espressa stipulazione di un termine *(generally hired)*, il contratto si reputa fatto per un anno, salvo che siavi un uso locale contrario. V. Lehr, *Éléments de droit civil anglais*, num. 873; Paris, 1885.

opera in servizio altrui. Forsechè i soli domestici ed operai impiegano l'opera propria in servizio altrui? Quegli che presta la sua opera di commesso in un negozio, di scrittore in un giornale, d'impiegato presso una pubblica amministrazione, di artista in una compagnia di canto o drammatica ecc. non la presta forse in servizio di chi gliela retribuisce (1)? Ma noi non possiamo accettare la teoria assoluta che si trova enunciata dal Ricci. Quando il Codice parla di locazione per cui le persone obbligano la propria opera all'altrui servizio, accenna soltanto a quelle obbligazioni in forza delle quali una persona è sommessa alla dipendenza completa verso un'altra persona. Per questa ragione, osserva benissimo il Laurent, il Codice francese parla soltanto di domestici e di operai, imperciocchè specialmente in rapporto a queste persone si ravvisa « la dépendance de tous les jours, de tous les instants, qui prive le débiteur de sa liberté. » Un arresto della Cassazione di Francia ritenne valida la convenzione, con cui un medico si era obbligato, senza limite di tempo, a prestare le cure della sua professione ad una persona e a tutti quelli che facevano parte della casa di questa persona (2). Il Laurent approva questa decisione. Il medico resta libero, quantunque non possa, per effetto della sola sua volontà, infrangere l'obbligazione che ha contratta; resta libero, perchè questa obbligazione non costituisce, di sua natura, una offesa alla libertà; essa non colloca il medico in uno stato di dipendenza assoluta dall'infermo (3). E questa teoria si trova accolta parimente dal Larombière. Perchè vi sia nullità dell'obbligazione, non basta che i servigi abbiano un carattere vitalizio; a questo primo carattere, che è quello della perpetuità, si deve aggiungere il carattere della continuità. « Ce qu'il y a en effet de dégradant dans un engagement de services à vie ne tient pas à la perpetuité seule, mais encore à la continuité des services. C'est elle qui établit une servitude de tous les jours, de tous les instants; l'homme ne s'appartient plus, ni jamais; il est dans une dépendance et une sujétion

(1) V. Ricci, *Corso teorico pratico di diritto civile*, Vol. VIII, numero 207.

(2) Corte di Cassazione di Francia; arresto dei 21 agosto 1839; V. Dalloz, *Répertoire*, verb. *Louage d'ouvrage*, num. 27.

(3) V. Laurent, *Principes de droit civil*, Vol. XXV, num. 492.

qui lui laissent quelques moments de répit, mais jamais de liberté. » Tra le persone, cui deve applicarsi la disposizione della legge, che interdice la locazione in perpetuo dell'opera propria, il Larombière, oltre i domestici e gli operai propriamente detti, colloca il commesso, il bibliotecario, l'intendente, il precettore (1).

2.° La seconda specie di locazione di opere è quella dei vetturini sì per terra come per acqua, che s' incaricano del trasporto delle persone o delle cose. Qui la legge prende la voce *vetturini* in un significato molto esteso, che abbraccia tutti coloro che locano i loro servigi pel trasporto delle persone o delle cose. L'umile messaggiero che eseguisce dei trasporti dalla città al vicino villaggio, deve ritenersi un vetturino allo stesso modo delle più potenti compagnie ferroviarie o di navigazione. In altre parole, come bene osserva il Baudry-Lacantinerie, poco importa qual via sia seguìta, qual mezzo sia impiegato pel trasporto; vi sono dei vetturini per terra e dei vetturini per acqua; durante l'assedio di Parigi, nella guerra del 1870-71, vi furono ancora dei vetturini per aria (2).

I vetturini per terra e per acqua sono sottoposti, quanto alla custodia e conservazione delle cose loro affidate, agli stessi obblighi degli albergatori, riguardo a' quali è disposto nel titolo *Del deposito e del sequestro* (art. 1629). La legge assimila il vetturino all' albergatore, per quanto concerne la *custodia* e la *conservazione* delle cose che gli sono affidate. Ma questo pareggiamento ha luogo ancora per quanto si attiene alla prova delle cose depositate? In altre parole, se il deposito fatto presso l'albergatore si può provare per mezzo di testimoni, anche quando il valore delle cose che si dicono depositate ecceda il valore di cinquecento lire; il deposito fatto presso un vetturino può ritenersi egualmente come *deposito necessario*, per applicare ad esso la medesima regola?

È questa grave controversia tra gli scrittori francesi, a causa del silenzio del Codice. Il Troplong propugna la nega-

(1) V. Larombière, *Théorie et pratique des obligations,* Vol. I, sull'art. 1133, num. 18; Paris, 1885.

(2) V. Baudry-Lacantinerie, *Précis de droit civil,* Vol. III, num. 722; Paris, 1892.

tiva; l'Aubry ed il Rau sostengono l'affermativa. E questa seconda teoria accoglievasi dal nostro Codice; il quale, rompendo il silenzio del Codice francese, nel num. 2.° dell'articolo 1348 pareggia ai depositi fatti in caso d'incendio, rovina, tumulto o naufragio, ed a quelli fatti dai viaggiatori negli alberghi dove alloggiano, i depositi fatti ai *vetturini che li conducono.*

I vetturini sono obbligati non solo per ciò che essi hanno già ricevuto nel loro bastimento o nella loro vettura, ma altresì per ciò che è stato consegnato loro sul porto o nel luogo di ricapito, per essere riposto nel loro bastimento o nella loro vettura (art. 1630). Essi sono obbligati per la perdita e per i guasti o le avarie delle cose loro affidate, se non provano che si sono perdute o hanno sofferto guasto o avaria per un caso fortuito o per forza maggiore (art. 1631).

Il vetturino, il quale non consegna le cose a lui affidate, deve pagarne il valore integrale. È questa la regola generale. Nondimeno, come osserva lo Zachariae, quando si tratta di danaro, di gioie e di oggetti preziosi rinchiusi in una valigia od in un involto il cui contenuto non è stato dichiarato, il vetturino non è, in generale, tenuto ad indennizzare il proprietario se non nella proporzione del valore di oggetti ordinari. Gli stessi principî si applicano, per analogia, in caso di avarie o di guasti. Quando sorge contestazione sul valore delle cose affidate al vetturino, e che questi non può consegnare, l'autorità giudiziaria, in mancanza di prove atte a far riconoscere questo valore, può deferire il giuramento *in litem.*

Gl'imprenditori di pubblici trasporti per terra e per acqua e delle vetture pubbliche debbono tenere un registro del danaro e degli effetti ed involti di cui s'incaricano (art. 1632). Gl'imprenditori e i direttori dei trasporti e delle vetture pubbliche e i padroni di bastimenti sono inoltre soggetti a regolamenti particolari che fanno legge tra essi e quelli coi quali contrattano (art. 1633). Questi regolamenti particolari non hanno per oggetto di regolare i rapporti risultanti dal contratto di locazione di opere. Tali regolamenti sono stabiliti principalmente per fini d'interesse pubblico. Nondimeno, i suddetti regolamenti di polizia sono pure obbligatorî fra le parti: tanto i viaggiatori che gl'imprenditori, direttori e padroni mentovati nell'art. 1633, sono tenuti a conformar-

visi; tanto i primi che i secondi possono reclamarne l'osservanza quando vi abbiano interesse (1).

3.° La terza specie di locazione delle opere è quella degli imprenditori di opere ad appalto o cottimo. Prima d'ogni altro crediamo opportuno spiegare il significato di queste due voci: *appalto* e *cottimo*.

Dicesi *appalto* il contratto, col quale un individuo dà ed un altro prende l'impresa di un'opera qualunque, indicandosi i lavori da farsi, la loro estensione, dimensione e proporzione, nonchè i materiali da impiegarvisi. Nel Diritto romano l'appalto dicevasi *locatio in pedes mensurasve,* perchè il prezzo si determina *in pede mensurave.* Ad esempio, una società prende l'appalto di costruire cinquanta chilometri di ferrovia, al prezzo che si determina nel contratto per ogni chilometro.

Dicesi *cottimo* il contratto, col quale un individuo dà ed un altro prende l'impresa di fare un'opera, mediante un prezzo determinato anticipatamente. Nel Diritto romano il cottimo dicevasi *per aversionem locatio conductio* (2), perchè il prezzo deve consistere in una somma unica per la totalità dell'opera. Ad esempio, un imprenditore si obbliga di costruire un edifizio, di cui si sono indicate la estensione, la proporzione ecc., mediante il prezzo di 150,000 lire. Come osserva il Boccardo, in tutte le imprese in cui si brama far presto, il cottimo è il miglior sistema; non così in quelle in cui si esige grande perfezione di lavoro (3).

Il cottimo chiamasi pure appalto *in monte, in massa, a blocco, a occhio, à forfait.* Il Vita-Levi determina esattamente l'essenza ed i caratteri del *forfait,* « la cui teorica,

---

(1) V. Zachariae, *Cours de droit civil,* Vol. II, § 373.

(2) « Opus quod aversione locatum est *(cottimo),* donec adprobetur, conductoris periculo est. Quod vero ita conductum sit, ut in pedes mensurasve praestetur *(appalto),* eatenus conductoris periculo est, quatenus admensum non sit: et in utraque causa nociturum locatori, si per eum steterit, quominus opus adprobetur, vel admetiatur. » Florentinus, L. 36, D. *locati conducti.* — La voce *cottimo* del Diritto moderno, rispondente all'*aversio* del Diritto romano, deriva dal greco κόττω, cioè *alea.* V. Cuiacio, *Observationum,* Lib. VIII, cap. XV; Neapoli, 1758.

(3) V. Boccardo, *Dizionario di economia politica,* verb. *Cottimo;* Torino, 1857.

sconvolta spesso e abusata, con estensioni del pari che con restrizioni arbitrarie, ha trascinato sovente e gli autori e i decidenti a conseguenze errate. » L'appaltante, che vuole assicurarsi di non dover spendere oltre ad una certa somma per l'opera che gli fa bisogno, richiede un imprenditore di *fargli un prezzo fisso ed invariabile,* verso cui gli debba dar fornita quella *determinata* opera, senza diritto a chiedere aumenti di prezzo per nessun pretesto. L'imprenditore istituisce i suoi calcoli sul probabile costo di quell'opera, e *fa* (propone) un prezzo che se viene accettato, o come verrà accettato, resta la base inalterabile fissata *ab initio* del prezzo d'appalto. Il prezzo adunque è *fermo;* il lavoro, quel determinato lavoro, costi di più, o costi di meno, è assunto per un *certo correspettivo,* a suo rischio e pericolo, dall'appaltatore. Tale *forfait* ha dunque in sè un'*alea* relativa al costo maggiore o minore della costruzione, sia per gli aumenti o diminuzioni del prezzo della mano d'opera e dei materiali, sia anche per la quantità maggiore o minore delle opere di *dettaglio* e minute che in concreto saranno necessarie per dar finita l'opera complessiva, quale si è assunta in base ad un determinato progetto. Non si promettono *previsioni precise,* nè da parte dell'appaltante, nè da parte dell'appaltatore; ciascuno di essi, nel proprio interesse, ha istituito dei calcoli propri che sono il suo secreto, e tra cui la esecuzione sola deciderà quale fosse quello più prossimo al costo reale dei lavori. Il *forfait* può pattuirsi amplissimo, coll'*assunzione espressa,* da parte dell'imprenditore, dei rischi e pericoli provenienti da casi di forza maggiore, che aumentano la quantità delle opere a fornirsi, e in riguardo al tempo, obbligandosi, nonostante qualunque caso fortuito, a dare per un termine fissato ed in qualunque evento fornito il lavoro. Le quali più estese alee si intenderebbero e presumerebbero aver trovato la loro causa e il loro correspettivo nel più lauto prezzo dei pattuiti lavori (1).

Quando si commette ad alcuno di fare un lavoro, si può pattuire che egli somministri soltanto la sua opera, ovvero che somministri anche la materia (art. 1634). Nel primo caso la convenzione è puramente una locazione d'opere; nel se-

(1) V. Vita-Levi, *Della locazione delle opere e più specialmente degli appalti,* Vol. II, num. 77; Torino, 1876.

condo, il contratto si avvicina alla vendita. Nel Diritto romano il giureconsulto Cassio ritenne appunto che, nel caso in cui l'artefice somministri anche la materia, si dovesse ravvisare un contratto misto di locazione e di vendita; locazione della industria, vendita della materia. Ma il giureconsulto Gaio e l'imperatore Giustiniano non accolsero tale dottrina; essi ritennero che nella specie si dovesse raffigurare niente altro che una vendita, senza mistura di locazione; *placuit tantum emptionem et venditionem contrahi,* sono le parole di cui si serve in proposito Giustiniano (Inst. § 4, *de locatione et conductione)* (1).

Nel caso in cui l'artefice somministri la materia, se la cosa viene a perire in qualsivoglia modo prima di essere consegnata, la perdita rimane a carico dell'artefice, purchè il committente non fosse in mora per riceverla (art. 1635). Nel caso in cui l'artefice impieghi solamente il suo lavoro o l'industria, se la cosa viene a perire, l'artefice è obbligato soltanto per la sua colpa (art. 1636). Nel caso dell'articolo precedente, se la cosa perisce, quantunque senza colpa dell'artefice, prima che l'opera sia consegnata, e senza che il committente sia in mora a verificarla, l'artefice non ha più diritto di pretendere la mercede, purchè la cosa non sia perita per un vizio della materia (art. 1637). Quando si tratti di un lavoro che sia di più pezzi o a misura, la verificazione può

(1) Nella giureprudenza italiana prevale la dottrina, che, nel sistema del Codice, havvi locazione di opera anche quando l' artefice somministri del proprio la materia necessaria all' opera stessa. Ricordiamo, fra i molti che potremmo citare, un pronunziato del Supremo Collegio di Napoli: « Comunque la somministrazione della materia venga a mescolare nel contratto l' elemento della vendita, pur quello rimane nel suo carattere principale e prominente (che è l'unico considerato dal legislatore), una locazione. Può avvenire che il contratto si abbia come una vendita, ma ciò non si verifica, se non quando la materia sia tutto, e l'opera si riduca a sì poca cosa da non essere menomamente entrata nel concetto e nei fini dei contraenti. Allora, pertanto, non si vien già a modificare il concetto della locazione, si esce addirittura dal campo di essa. » (Corte di Cassazione di Napoli; sentenza dei 18 febbraio 1884; negli *Annali della giurisprudenza italiana,* anno 1884, parte I, pag. 324).

farsi in partite diverse; e si presume fatta per tutte le partite soddisfatte, se il committente paga l'artefice in proporzione del lavoro fatto (art. 1638). Le suddette disposizioni, che riproducono la teoria del Diritto romano (LL. 36, 37 e 59, D. *locati conducti*), applicano la massima: *res perit domino*.

Se nel corso di dieci anni dal giorno in cui fu compiuta la fabbricazione di un edifizio o di altra opera notabile, l'uno o l'altra rovina in tutto o in parte, o presenta evidente pericolo di rovinare per difetto di costruzione o per vizio del suolo, l'architetto e l'imprenditore ne sono risponsabili. L'azione per l'indennità deve essere promossa entro due anni dal giorno in cui si è verificato uno dei casi sopra enunciati (art. 1639). Su questo articolo vuole essere avvertito:

A) Il decennio comincia a decorrere dal giorno in cui *fu compiuta* la fabbricazione, *ab opere perfecto*. Quindi, nel caso che dall'inizio al termine dei lavori siano scorsi cinque anni, dall'ultimo giorno del quinto anno deve computarsi il decennio in cui restano risponsabili l'architetto e l'imprenditore.

B) Il Codice sottomette a questa speciale risponsabilità l'architetto e l'imprenditore, sempre che trattisi della fabbricazione di un edifizio o di altra *opera notabile*. La risponsabilità delle persone sopra indicate per le opere che non siano *notabili*, cessa dal giorno in cui il committente si ha ricevuto i lavori (1). Decideva la Corte di appello di Milano, che il muro di cinta di un giardino non è una di quelle opere *notabili*, per la costruzione delle quali gli architetti e gli imprenditori devono prestare ai proprietari committenti la garantia decennale prescritta dall'articolo 1639 Codice civile. «Se dopo la ricezione dell'opera ed il pagamento del corrispondente prezzo è dato ai proprietari di tenere obbligati per dieci anni gli architetti ed imprenditori della solidità di un edifizio o di altra opera notabile, ciò deriva perchè in siffatte opere non è possibile il fare una esatta verificazione della loro solidità nell'atto in cui vengono consegnate; non può quindi la loro ricezione equivalere ad un'approvazione definitiva dei lavori da parte del proprietario. Ma allorchè trat-

(1) « La réception purge la responsabilité. » Troplong, *Louage*, num. 1004. V. pure Aubry e Rau su Zachariae, Vol. II, § 374.

tasi di un semplice muro di un giardino, codesta impossibilità di verificazione da parte del proprietario non sussiste, essendogli agevole di verificare il modo onde è stato costruito, sia per quanto riguarda i lavori fuori terra, sia per quanto riguarda le fondazioni. Non può quindi in siffatti lavori, agevolmente verificabili, consentirsi al proprietario, che dopo averli ricevuti senza riserva e pagati, possa egli rivenire sul fatto proprio, e ritenere ulteriormente obbligato l'imprenditore (1). »

C) La risponsabilità dell'architetto e dell'imprenditore ha luogo quando l'opera rovina in tutto od in parte, o presenta evidente pericolo di rovinare per *difetto di costruzione* o per *vizio del suolo*. L'architetto che ha somministrato il *piano* di una costruzione sarebbe eziandio risponsabile, quando pure non avesse egli diretto i lavori, se fosse constatato che la perdita s'è avverata per vizi del *piano* (2).

D) Il Codice Napoleone non stabiliva il termine, entro il quale si dovesse promuovere l'azione per l'indennità; questo silenzio diede causa a gravi controversie tra gli scrittori. Il Codice italiano concede al proprietario un biennio per promuovere la sua azione: un biennio, dal giorno in cui si è verificata la rovina totale o parziale o si è presentato il pericolo. Scorso inutilmente questo tempo, cessa la risponsabilità speciale stabilita per l'architetto e l'imprenditore dall'art. 1639.

Giusta l'art. 1640, un architetto o un imprenditore che si è incaricato per appalto di costruire un edifizio, in conformità di un disegno stabilito e concordato col committente, non può domandare alcun aumento del prezzo, nè col pretesto che sia aumentato il prezzo della mano d'opera o dei materiali, nè col pretesto che siensi fatte al disegno variazioni od aggiunte, se queste non sono state approvate in iscritto e non se ne è convenuto il prezzo col committente. Questo articolo risponde all'art. 1793 del Codice Napoleone, il quale, come ebbe ad osservare la Corte di appello di Lione, nello stadio di elaborazione di questo Codice, fu redatto « pour arrêter enfin les funestes effets du dol et des manoeuvres des

(1) Corte di appello di Milano; sentenza dei 25 gennaio 1888; nel *Monitore dei tribunali,* anno 1888, pag. 163.

(2) V. Aubry e Rau su Zachariae, Vol. II, § 374.

ouvriers (1). » Gli architetti e gl'imprenditori suggerivano al proprietario di fare dei cangiamenti al disegno stabilito e concordato; e, per quanto leggieri fossero stati questi cangiamenti, essi sostenevano poi che l'appalto si dovesse annullare. L'art. 1640 non si limita a vietare la prova per testimoni delle modificazioni che l'architetto o l'imprenditore pretendesse essersi fatte al disegno primitivo. Esso va più innanzi: esige la scrittura come condizione indispensabile. In mancanza di prova scritta, qualunque richiamo dell'architetto o dell'imprenditore dovrebbe dirsi inammissibile: costoro non potrebbero neanco deferire il giuramento al proprietario. È questa la teoria comune fra gli scrittori.

Il committente può sciogliere a suo arbitrio l'accordo dell'appalto, quantunque sia già cominciato il lavoro, tenendo indenne l'imprenditore di tutte le spese, di tutti i lavori e di tutto ciò che avrebbe potuto guadagnare in tale impresa (art. 1641). Questa disposizione si spiega pienamente, quando si consideri che il committente, poi che ha data la commissione, può aver sofferto delle perdite che scemano di molto la sua fortuna. Come far fronte alle spese che l'opera richiede? La legge, pur garantendo gl'interessi dell'imprenditore, autorizza il committente a resilire dal contratto. Il committente non è tenuto ad addurre le ragioni, a giustificare la legittimità e la importanza della sua determinazione. Ma, d'altra parte, il Codice ha dovuto armonizzare il riconoscimento del diritto del committente coll'ossequio al vincolo giuridico creato dal contratto di appalto. L'imprenditore deve essere indennizzato non solo delle spese e dei lavori già fatti, ma eziandio del guadagno che avrebbe potuto conseguire dalla prosecuzione dell'opera. Anche a tale guadagno l'imprenditore ha un diritto acquisito per virtù del contratto; e questo diritto non gli può essere tolto dalla sola volontà del committente. Come bene osserva in proposito un espositore del nostro Codice, con la prestazione dell'altrettanto di tale guadagno si toglie all'imprenditore non pure la ragione, ma anche il pretesto di muovere lagnanza contro la risoluzione del contratto; perocchè quale interesse potrebbe opporre per il mantenimento del contratto, quando, non ostante la riso-

(1) V. la Raccolta dei lavori preparatori del Codice francese, fatta dal Fenet, Vol. IV, pag. 212; Paris, 1827.

luzione, consegue ciò che avrebbe avuto se il medesimo fosse stato eseguito sino alla fine? Anzi ad esso può opporsi l'interesse maggiore che può trovare nello scioglimento del contratto, ricuperando la libera disposizione dell'opera sua e dei suoi capitali (1).

Il contratto di locazione di un'opera si scioglie colla morte dell'artefice e dell'architetto od imprenditore incaricato di essa (art. 1642). Il committente è però tenuto a pagare ai loro eredi, in proporzione del prezzo fissato dalla convenzione, l'importare dei lavori fatti e dei materiali preparati, allorchè tali lavori o materiali possono essergli utili (art. 1643). È agevole darsi ragione della causa di scioglimento del contratto stabilita nell'art. 1642: il committente si è affidato principalmente alla probità ed alla intelligenza del locatore; quando costui muore, non si può costringere il committente ad avere la stessa fiducia negli eredi, i quali bene spesso potrebbero essere dei minori: in tal caso, in qual modo il committente potrebbe procedere per la esecuzione dei lavori? Come nota il Troplong, sarebbe necessario il concorso di un consiglio di famiglia perchè sia terminata un'impresa, la quale non può essere menata innanzi che dall'intelligenza di un solo?

L'imprenditore è risponsabile dell'opera delle persone che ha impiegato (art. 1644). Questa disposizione non è che un corollario del principio generale fermato dal legislatore, nello stabilimento della teoria dei *quasi-delitti*.

I muratori, fabbri ed altri artefici impiegati alla costruzione di un edifizio o di altra opera data in appalto, non hanno azione contro il committente dei lavori, se non fino a concorrenza del debito che egli ha verso l'imprenditore nel tempo in cui promuovono la loro azione (art. 1645). Stando al *jus strictum*, gli artefici in parola non hanno altro debitore che l'imprenditore; ma, per ragioni di equità, e per evitare un circuito di azioni, loro si permette di agire contro il committente sino a concorrenza del debito che questi ha verso l'imprenditore, al momento in cui promuovono la loro azione. Essi agiscono nel loro nome personale, non in virtù dell'art. 1234; la loro azione è *diretta*, e quindi escludono gli altri creditori dell'imprenditore; costoro non possono ve-

(1) V. Pacifici-Mazzoni, *Trattato delle locazioni*, num. 332.

nire in concorso con gli artefici sul prodotto del credito in parola (1). Come notava il Supremo Collegio di Roma, l'articolo 1645 Codice civile fa agli artefici una doppia concessione; la prima di *sostanza*, dando al loro credito sul prezzo di appalto, che fosse tuttora dovuto allo imprenditore, preferenza di rincontro agli altri creditori del medesimo; la seconda di *forma*, concedendo loro un'azione diretta contro il committente, senza bisogno della procedura di sequestro presso terzi. Ma il detto articolo non tramuta gli artefici in creditori del committente; il loro diritto resta sempre con la qualità di credito verso l'imprenditore, e la preferenza sul prezzo non dura che finchè questo sia *dovuto ad esso imprenditore*. Epperò manca la materia di qualsiasi azione degli artefici, quando il credito dell'imprenditore sia stato già trasferito in altri per effetto di regolare cessione. Solo nel caso che l'imprenditore, sprovvisto di altri beni, avesse ceduto fraudolentemente il prezzo dell'appalto a un terzo partecipe della frode, la legge verrebbe in soccorso degli artefici, ma col mezzo dell'azione rivocatoria, regolata dall'articolo 1235 Codice civile (2).

I muratori, fabbri ed altri artefici che contrattano direttamente a prezzo fatto, sono soggetti alle regole stabilite nel presente capo, e sono riputati appaltatori per la parte di lavoro che eseguiscono (art. 1646). Questo articolo risponde all'art. 1799 del Codice Napoleone; il quale fu redatto dietro le sagge osservazioni della Corte di appello di Lione. Bisogna aver riguardo al vantaggio dei comuni poveri, ove le cose si trattano in minori proporzioni che nelle grandi città, ed ove si trovano pochi appaltatori generali e molti appaltatori particolari.

153. Della mezzadria o masseria o colonìa.

Bibliografia. — 1.° Rabbeno, *Il contratto di mezzadria nei suoi rapporti colle odierne quistioni economiche sociali, colla legislazione e colla giurisprudenza* (Reggio Emilia, 1874); — 2.° Ercolani, *Della*

---

(1) V. Troplong, *Louage*, num. 1048 a 1050.

(2) Corte di Cassazione di Roma; sentenza del 1.° aprile 1885; nella *Legge*, anno XXV, Vol. II, pag. 219.

locazione e conduzione dei fondi rustici e della società colonica, secondo il disposto del patrio Codice civile (Siena, 1875);—3.° Cianchi, *Del contratto di colonia o mezzadria secondo il Codice civile italiano* (Siena, 1881);—4.° Dietzel, *Ueber Wesen und Bedeutung des Theilbaus in Italien* (nella *Zeitschrift für die gesammte Staatswissenschaft,* anno 1884);—5.° Bardi, *Il problema economico nella colonia toscana* (nella *Rassegna nazionale,* luglio 1885);—6.° Mortara, *I doveri della proprietà fondiaria e la questione sociale* (Roma, 1885); — 7.° Waaser, *Die* Colonia partiaria *des römischen Rechts* (Berlin, 1885);—8.° Rerolle, *Du colonage partiaire et spécialement du métayage* (Paris, 1888);—9.° Spadoni, *Della mezzadria in relazione cogli interessi dell'agricoltura* (Macerata, 1893);—10.° Chialvo, *Il libretto colonico e il connubio fra capitale e lavoro nella colonia toscana* (Pisa, 1893).

Il Troplong, nel proemio al suo erudito commentario sul *Contratto di locazione*, estolle questo contratto e deprime quello di colonìa. Dice che la locazione è un elemento di progresso e di prosperità agricola, mentre la colonìa mantiene il coltivatore in uno stato d'immobilità, nocevole al suo benessere ed anche all'agricoltura. Egli fa un parallelo tra i dipartimenti francesi in cui è usitato *le bail à ferme* e quelli in cui domina *le bail à colonage*, per trarne la illazione che nei primi molto più che nei secondi si ravvisano ordine, economia, onestà in coloro che spargono la terra dei propri sudori. In sèguito il Troplong, parlando dell'Italia, osserva: « En Italie, où la terre s'exploite en général par des *mezzaiuoli* ou métayers, la classe des propriétaires qui veut se livrer aux lettres, aux professions libérales, aux voyages etc., éléve de vives plaintes contre le système du colonage, et médite de le remplacer par des combinaisons meilleures pour la liberté du propriétaire et pour son aisance. » E le stesse osservazioni contro il contratto di colonìa furono fatte dal De Gasparin, in un lavoro speciale *(Sur le métayage)*, pubblicato a Lione nel 1832.

Noi non possiamo dar giudizio sulle condizioni dell'agricoltura in Francia. Quello soltanto che possiamo osservare si è, che nelle contrade italiane dove è in uso la colonìa, la sorte dell'agricoltore è meno disagiata che nelle altre dove si ricorre all'affitto. Noi non abbiamo ascoltato i vivi lamenti che il Troplong fa muovere ai proprietari italiani; molti fra

i quali, è vero, non coltivano le lettere e non si dànno a professioni liberali, ma, certo, di questo fatto non bisogna trovar la cagione nel contratto di colonìa. E poi vi sono, purtroppo, tanti *letterati*, tanti medici ed avvocati ed ingegneri, che, se fosse vero ciò che afferma il Troplong, si dovrebbe desiderare la diffusione del contratto di colonìa, per conseguire appunto lo scopo di vederne scemato il numero!

Il contratto di colonìa o mezzadria non può ragionevolmente meritare i rimproveri, che al medesimo son mossi dagli scrittori francesi. Si ascolti il Minghetti: « Nessun contratto a preferenza di questo (della mezzadria) giova al progresso intellettuale e morale, sia della classe agricola, sia ancora dei proprietari. I quali nelle rustiche faccende sono obbligati ad intrattenersi sovente col colono, ad usare con essolui la persuasione, ad ammaestrarlo di utili precetti. E dall' assistere frequente ai suoi sforzi, e dallo scorgerne la buona volontà, pigliano disposizione a sostenerlo e a soccorrerlo negli infortuni. D'altra parte il lavoratore ben vede che dalla propria sollecitudine e dalla irreprensibile condotta dipende la continuazione e la perpetuità del contratto; laonde si rinfranca animoso nelle fatiche per la fiducia che i suoi figli gli succederanno nella coltivazione del fondo. Quindi si stringe fra le due classi una relazione pacifica e benevola di autorità senza violenza e di affettuosa soggezione. E da questo ordine di cose quanti beni non sono per ridondare a tutto lo Stato? Conciossiachè il proprietario ed il lavoratore, della pace e dell'ordine pubblico sono i più gelosi custoditori, e la generazione agricola robusta per le svariate ma non soverchie fatiche, per l'abbondanza di sugoso nutrimento non disgiunta da sobrietà, offre all'uopo forti e coraggiosi difensori alla patria (1). »

Vogliamo pure ricordare le parole pronunziate dal deputato Toscanelli, in un discorso ai suoi elettori, nell'ottobre del 1876: « Credo che in queste provincie (toscane) i padri nostri per tre quarti abbiano risoluta la quistione sociale colla mezzadria che possediamo; perchè gli operai del terreno rap-

(1) V. Minghetti, *Della proprietà rurale e dei patti fra il padrone ed il lavoratore;* Discorso letto alla Società Agraria di Bologna, il giorno 23 aprile 1843; inserito negli *Opuscoli letterari ed economici*, Firenze, 1872.

presentano la grande maggioranza della popolazione italiana. Ritengo che se questo sistema di mezzadria esistente in queste provincie, dove le tradizioni liberali sono un perenne culto, si estendesse a tutta quanta l'Italia, per tre quarti sarebbe risoluta la quistione sociale. La mezzadria è l'associazione fra il capitale e il lavoro; Proudhon non potrebbe desiderare di più. »

Abbiamo voluto premettere queste considerazioni generali, la cui importanza non può essere disconosciuta ai nostri tempi, nei quali con tanto interesse si discute sulla *quistione sociale;* ora passiamo alla disamina degli articoli del Codice.

Colui che coltiva un fondo col patto di dividere i frutti col locatore, si chiama mezzaiuolo, mezzadro, massaro o colono, e il contratto che ne risulta, si chiama mezzadria, masseria o colonìa (articolo 1647). Questo contratto non fu ignoto ai Romani; il colono dicevasi *partiarius*, da *partiri* (dividere). La voce *mezzadria* deriva da *metà*, che pure si riferisce a divisione.

Il Boccardo, dopo di aver notato che i Romani conobbero il contratto di colonìa, soggiunge che tale contratto nel medio-evo ebbe grande incremento a danno del sistema di affitto. La ricchezza metallica, dopo la conquista barbarica, andò sperperata, e i pagamenti si fecero quasi tutti in derrate; nè le locazioni in numerata pecunia ridivennero più frequenti se non dopochè la scoperta dell'America mise in circolazione enormi somme d'oro e d'argento (1). In Italia, più antica della voce *mezzadro* è quella *tezolano,* per designare il colono parziario. La voce può derivare da *teza,* porticale rustico sotto cui i coloni abitavano, o forse anche da *tertia,* quasi *terzolani,* che sarebbe la parte dei frutti che più di frequente corrispondevano prima che s'introducesse la divisione a metà (2).

(1) V. Boccardo, *Dizionario di economia politica,* verb. *Agricoltura;* Torino, 1857.

(2) V. Pertile, *Storia del Diritto italiano,* Vol. IV, § 162; Padova, 1874. Nel secolo XVI: « stretti dai debiti che facevano col padrone nelle annate cattive, e che ingoiavano i profitti delle buone, sotto l'impero di leggi che vietavano di prendere coloni che avessero debiti col precedente padrone, molti mezzadri divennero braccianti ossia gior-

La colonìa partecipa ad un tempo della locazione dei fondi rustici e della società. Non furono d'accordo i Dottori nel definire a quale fra questi due contratti essa maggiormente si avvicini. Secondo Bartolo e Cuiacio, la colonìa deve affermarsi piuttosto una società che una locazione di fondi rustici: « Nota, quod inter colonum partiarium et dominum non est proprie locatio, sed societas. Nam dominus ponit terram, et alius operas in quaerendis fructibus. » Così Bartolo (Ad L. *si merces*, D. *locati conducti*). « Cum partiario colono non contrahitur locatio, sed societas; nam locatio fit mercede, non partibus rei. » Così Cuiacio (Ad L. 13, D. *praescriptis verbis*).

Una tesi opposta fu propugnata dal presidente Fabro. La colonìa, sebbene non sia propriamente una locazione di fondi rustici, ha nondimeno molta affinità e rassomiglianza con questo contratto: « Negari non potest, quin contractus de colono partiario, licet non sit locatio, magnam tamen habeat similitudinem et adfinitatem cum locatione (1). » Col Fabro concorda il Pacioni: « Infertur, quod iste contractus sapiat de natura societatis ac etiam de natura locationis, et dum societas est velata, et sub contractu locationis inclusa, magis late patebit in eo locatio, et strictior erit societas: unde generaliter loquendo regulandus erit cum regulis locationis, sed non propterea recedendum a regulis societatis ei convenientibus (2). »

Il nostro legislatore ha seguìta la sentenza del Fabro e del Pacioni, allorchè ha dichiarato nel capoverso dell'art. 1647, che sono comuni al contratto di colonìa le regole stabilite in generale per le locazioni di fondi rustici, con alcune modificazioni.

Come della locazione dei fondi rustici, così della colonìa tre sono gli elementi essenziali: consenso, cosa e prezzo. Il *consenso* è governato dalle regole generali. La *cosa* deve es-

---

nalieri salariati. Così oppressi, erano spinti sulla via del furto, e venne un adagio forense: *colonus, ergo fur.* » V. Salvioli, *Manuale di storia del Diritto italiano,* Parte IV, num. 163; Torino, 1892, 2.ª ediz.

(1) V. Fabro, *Comm. in Pandectas,* Ad L. 25, § 6, D. *locati conducti;* Lugduni, 1661.

(2) V. Pacioni, *Tractatus de locatione et conductione,* Cap. V, n. 8; Romae, 1677.

sere un fondo capace di coltivazione e di produzione di frutti; imperciocchè colla colonìa si dà a coltivare un fondo col patto di dividerne i frutti col locatore. Finalmente, il *prezzo* deve consistere nelle quote dei frutti appartenenti rispettivamente al colono e al locatore. I frutti si debbono dividere in *quote;* chè, se il colono dovesse corrispondere una *parte determinata* dei frutti, si avrebbe una pura locazione del fondo; e se una *parte determinata* dei frutti fosse assegnata al colono si avrebbe una pura locazione di opere (1).

La forma del contratto di colonìa è governata dalle medesime regole che dàn norma alla locazione di beni immobili. Di qui deriva, che un contratto di colonìa eccedente i nove anni deve farsi, sotto pena di nullità, per atto pubblico o per scrittura privata.

Premesse queste nozioni generali, procediamo ad esporre partitamente le disposizioni del Codice.

1.° *Prova della colonìa.* — La prova della colonìa segue le medesime leggi della prova della locazione dei fondi rustici. Vi ha nondimeno un mezzo speciale di prova per constatare le partite di credito e di debito fra il locatore ed il colono, nonchè i patti che per avventura, in aggiunta od a modificazione delle regole proprie della colonìa statuite dalla legge, siansi convenuti fra il locatore ed il colono. Giusta l'art. 1662, il libro del locatore, se contiene le partite di credito e di debito con indicazione di tempo e di causa, e se le partite medesime sono state di mano in mano annotate in altro libretto da conservarsi presso il colono, fa piena prova tanto a favore del locatore, quanto contro di lui, ove il colono non abbia reclamato prima della scadenza di quattro mesi dalla data dell'ultima partita. Fa la stessa prova il libretto che il colono conserva presso di sè, purchè sia scritto dal locatore nella maniera sopraccennata. Non presentandosi dal locatore o dal colono il proprio libretto, perchè andò smarrito o non se ne ebbe cura, si sta a quello che viene presentato. E, giusta l'art. 1663, il libretto tenuto dal locatore e dal colono nella forma indicata nell'articolo precedente fa prova eziandio dei patti, che possono essersi fra loro convenuti in aggiunta o a modificazione delle regole stabilite in questo capo.

(1) V. Pacifici-Mazzoni, *Trattato delle locazioni*, num. 342.

Decideva la Corte di appello di Bologna, che il divieto della prova per testimoni, di cui all'art. 1341 Codice civile, non si estende, in tema di mezzadria, alla prova materiale dell'approvazione data dal colono alle partite contenute nel libro del locatore. Riferito il testo dell'articolo 1662 la Corte osservava: « Questa deroga alle regole generali del diritto, fu una conseguenza necessaria del contratto di colonìa, in cui quasi sempre una delle parti, il locatore, sa scrivere, mentre il colono è analfabeta, e in cui si fa luogo ad una vicenda continua di prestazioni (1). »

2.° *Obbligazioni del locatore.* — Il locatore nel contratto di colonìa è tenuto, in generale, alle stesse obbligazioni cui la legge vuol soggetto il locatore nelle locazioni di cose e specialmente in quelle dei fondi rustici. Egli, ad esempio, deve consegnare al colono il fondo dato a coltivare con tutti gli accessorî che ha il medesimo al momento del contratto; deve inoltre garantirne al colono il pacifico godimento per tutto il tempo della colonìa.

Le obbligazioni speciali che il contratto di colonìa impone al locatore formano oggetto degli articoli 1656 e 1658: Le sementi si forniscono in comune dal locatore e dal mezzaiuolo (art. 1656). Le piantagioni ordinarie, come quelle che si fanno in surrogazione delle piante morte o fortuitamente atterrate o divenute infruttifere, debbono farsi dal mezzaiuolo, ed il locatore deve somministrare le piante, le fascine, i vimini ed i pali che alle medesime occorressero. Se le piante si traggono dal semenzaio che trovasi nel fondo, non è dovuta al mezzaiuolo alcuna indennità (art. 1658).

Altre obbligazioni possono essere imposte al locatore dalle consuetudini locali, e, al contrario, le due obbligazioni dianzi enunciate possono non gravare sul medesimo in forza delle medesime consuetudini (art. 1654). Parimente convenzioni espresse possono imporre altre obbligazioni al locatore, o esonerarlo dalle due sopraddette (2).

3.° *Obbligazioni del colono.*—In generale le obbligazioni del colono son quelle dell'affittuario nelle locazioni dei fondi rustici. Ad esempio, egli deve godere da buon padre di fa-

---

(1) Corte di appello di Bologna; sentenza dei 7 gennaio 1895; nella *Legge*, anno XXXV, Vol. I, pag. 374.

(2) V. Pacifici-Mazzoni, *Ibidem*, num. 356.

miglia del fondo di cui gli è affidata la coltivazione. Deve rispondere delle perdite e dei deterioramenti che avvengono durante il suo godimento, quando non provi che siano avvenuti senza sua colpa. È pure obbligato pe'deterioramenti e per le perdite cagionate dalle persone della sua famiglia (1).

Vi sono però delle obbligazioni speciali al colono, diverse da quelle che la legge statuisce in ordine all'affittuario di un fondo rustico. L'affittuario può sublocare o cedere l'affitto salvo il caso che nel contratto vi sia un divieto speciale (art. 1573). Invece, il mezzaiuolo non può sublocare nè cedere la masserìa, se non gliene fu espressamente accordata la facoltà nel contratto. In caso di contravvenzione il locatore ha diritto di riprendere il godimento della cosa data a masserìa, ed il mezzaiuolo è condannato al risarcimento dei danni derivanti dall'inadempimento del contratto (art. 1649).

La ragione della differenza è chiarissima. Essa riposa sull'elemento del contratto di società che si trova nella colonìa. La facoltà di sublocare o di cedere l'affitto, diceva Giovanni Voet, sebbene sia il diritto comune, non appartiene al colono parziario, il quale deve considerarsi come associato al locatore: « Nisi conductor primus agri sit colonus partiarius, quippe qui fructus cum domino dividens *quodam societatis jure,* alium domino socium, quem is elegit, obtrudere non potest (2). » Come si può costringere il proprietario a ricevere per colono, per associato un altro individuo nel quale non ripone nessuna confidenza (3)?

Il mezzaiuolo non può vendere fieno, paglia o concime senza il consenso del locatore (art. 1650). Due ragioni si possono assegnare di questo divieto. La prima, che il locatore ha il diritto di comproprietà di queste cose; non si possono dunque alienare quando il locatore non presta il suo consenso alla vendita. La seconda, che la paglia, il fieno, il concime

(1) Il colono cui è riservato l'alloggio nel fondo è tenuto per l'incendio secondo i principî dell'art. 1589. V. Troplong, *Louage*, numero 373.

(2) V. Voet, *Comm. ad Pandectas*, Lib. XIX, tit. II, num. 3; Hagae-Comitum, 1731.

(3) Notava il Tesauro: « Coloni et massarii dicuntur personae domesticae et familiares. » *Novae Decisiones Sacri Senatus Pedemontani*, Decis. XXII, num. 2; Augustae Taurinorum, 1590.

hanno una destinazione speciale, il servigio del fondo. Allora soltanto si potrà ammettere la vendita di queste cose, quando eccedano la quantità richiesta per la coltivazione del fondo; ma il colono non potrebbe essere unico giudice di tale eccedenza: ecco perchè la legge richiede il consenso del locatore.

Il mezzaiuolo non può fare carreggiature per altri senza il consenso del locatore (art. 1650). Questo divieto sussiste anche quando il carro e le bestie appartengano al colono in piena proprietà; imperciocchè le bestie sono alimentate coi prodotti del fondo e debbono servire alla coltivazione e concimazione del medesimo; in una parola, sono destinate a servigio del fondo, e perciò anche nell'interesse del locatore. Inoltre il mezzaiuolo ha obbligato le opere sue per la coltivazione del fondo, e quindi a profitto non solamente suo, ma anche del locatore (1).

Il bestiame occorrente per coltivare e concimare il fondo, il capitale dell'invernata e gli stromenti necessari alla coltivazione del fondo stesso debbono fornirsi dal colono. La quantità del bestiame debb'essere in proporzione dei mezzi che la possessione tenuta a masserìa somministra per alimentarlo (art. 1655). Il mezzaiuolo deve fornire le sementi, ma però in comune col locatore (art. 1656). Le spese che possono occorrere al colono per l'ordinaria coltivazione dei campi e per la raccolta dei frutti sono a suo carico (art. 1657). Le piantagioni ordinarie, come quelle che si fanno in surrogazione delle piante morte o fortuitamente atterrate o divenute infruttifere durante la masserìa, debbono farsi dal mezzaiuolo (art. 1658). Lo spurgo dei fossi, tanto interni, quanto adiacenti alle strade pubbliche, come pure i lavori che sogliono ordinarsi dai comuni per la conservazione delle strade, sono a carico del colono. Egli ha pure l'obbligo di fare le carreggiature ordinarie, sia per le riparazioni del fondo e della casa colonica, sia pel trasporto de'generi alla casa del locatore (art. 1659).

Le consuetudini locali possono imporre al colono altre obbligazioni; e le medesime consuetudini possono esimere il colono dalle obbligazioni dianzi enunciate. Parimente convenzioni speciali possono imporre al colono altre obbligazioni o esonerarlo dalle sopraddette (art. 1654).

---

(1) V. Pacifici-Mazzoni, *Ibidem*, num. 363.

4.° *Perdita dei frutti.* — Gli articoli 1617 a 1619, sotto la sezione, *Regole particolari alla locazione dei fondi rustici*, stabiliscono talune norme pel caso in cui la totalità o almeno la metà della raccolta di un anno sia perita per caso fortuito. Queste regole non si possono applicare nei rapporti tra locatore e mezzaiuolo. La perdita per caso fortuito del tutto o di parte della raccolta dei frutti divisibili è sopportata in comune dal locatore e dal mezzaiuolo, e non dà azione ad alcuna indennità in favore dell'uno verso dell'altro (art. 1648).

5.° *Norme per la divisione dei frutti.* — Tutti i frutti, tanto naturali quanto industriali del fondo, si dividono per metà tra il locatore ed il mezzaiuolo. È a carico del mezzaiuolo il taglio dei boschi cedui per la quantità necessaria pei pali delle viti e per gli altri usi del fondo. Il soprappiù appartiene al locatore, restando a suo carico le spese. I tronchi degli alberi morti o atterrati sono riservati al locatore. Le opere necessarie per le potature e pel taglio dei rami degli alberi morti od atterrati sono a carico del mezzaiuolo. Egli non può disporre di questi oggetti che per la quantità necessaria al servizio del fondo ed al suo proprio uso. Il soprappiù spetta al locatore (art. 1661).

Decideva a buon diritto il Supremo Collegio di Roma, che nel contratto di colonìa i parti degli animali forniti con danaro e per opera del solo mezzaiuolo, appartengono integralmente al proprietario degli stessi *jure accessionis*, non entrando i parti stessi tra i frutti divisibili a norma dell'articolo 1661 Codice civile. « La regola scritta nell'articolo 1661 Codice civile non poteva nella specie avere alcuna legittima applicazione, stante che i frutti tanto naturali, quanto industriali di un fondo, divisibili per metà tra il locatore ed il mezzaiuolo, non hanno nulla di comune con i parti degli animali introdotti, su i quali il menzionato articolo non stabilisce alcun diritto in favore del locatore. Questi, con la permanenza di un bestiame necessario per la coltivazione del fondo, percepisce già un perspicuo vantaggio che si risolve nella maggiore e più sicura produzione del terreno dato a colonìa, e quindi è carente di azione per chiedere una parte dominicale sopra i parti degli animali, non consentita in suo favore, nè dalla legge, nè dalla convenzione (1). »

(1) Corte di Cassazione di Roma; sentenza dei 6 aprile 1891; nella *Legge*, anno XXXI, Vol. II, pag. 688.

6.° *Norme per la colonìa fatta senza determinazione di tempo.* — La colonìa senza determinazione di tempo si reputa fatta per un solo anno. L'anno comincia e termina coll'undici di novembre. Passato il mese di marzo senza che siasi data o presa licenza, s'intende la colonìa rinnovata per un altro anno (art. 1664). Ma che cosa dovrebbe dirsi nel caso che si trattasse di fondi, di cui il principale raccolto sia biennale? Poichè, giusta il capoverso dell'art. 1647, sono comuni alla colonìa le regole stabilite in generale per le locazioni di cose, e in particolare per le locazioni di fondi rustici, non v'ha dubbio alcuno che nella suddetta ipotesi si deve applicare la disposizione dell'art. 1622. Ciò fu dichiarato espressamente dal Precerutti nel seno della Commissione Coordinatrice (1).

7.° *Modi di scioglimento della colonìa.* — La colonìa ha tre modi di scioglimento comuni colla locazione delle cose, e specialmente colla locazione dei fondi rustici; ed un modo proprio. I modi comuni sono questi:

A) L'inadempimento delle obbligazioni di una delle parti contraenti verso l'altra. Statuisce a tal proposito l'art. 1652: Può domandarsi anche fuori di tempo lo scioglimento della masserìa, qualora vi sieno giusti motivi, come in caso che il locatore od il massaro manchino ai loro impegni, o che una malattia abituale renda inabile il massaro alla coltivazione, ed in altri simili casi. L'apprezzamento di tali motivi è lasciato alla prudenza ed equità dell'autorità giudiziaria.

B) Il perimento del fondo.

C) Lo spirare del termine pel quale fu convenuta. Però, a differenza della locazione sia delle case sia dei fondi rustici, la colonìa, in qualunque modo sia fatta, non cessa mai di diritto, ma il locatore deve dare o il colono prendere licenza entro il tempo fissato dalla consuetudine (art. 1651). Come nota egregiamente il Pacifici-Mazzoni, da parte del locatore il provvedere il fondo di un nuovo colono che lo coltivi, e da parte del colono il trovare un fondo da coltivare e da viverci, è un affare che molto raramente o quasi mai è di pronta e facile esecuzione. Motivi dunque di ordine pubblico al quale interessa che i fondi non rimangano incolti, e i coloni non siano posti sul lastrico colle loro famiglie, e motivi d'inte-

(1) Verb. num. 39 della Commissione Coordinatrice.

resse privato esigono che la colonìa non cessi di diritto, neppure quando è stata fatta con determinazione di tempo. È valida però la convenzione, con cui le parti contraenti abbiano pattuito di prendere o di dare licenza in tempo diverso da quello stabilito dalla consuetudine (1).

Il modo di scioglimento proprio della colonìa è la morte del colono. Per la morte del colono la colonìa si risolve col finire dell'anno agrario in corso; ma se la morte è avvenuta negli ultimi quattro mesi, compete ai figli ed agli altri eredi del defunto, se con lui coabitavano, la facoltà di continuare nella colonìa anche per l'anno seguente: ed in mancanza di eredi coabitanti, o se questi non possono o non vogliono usare di tale facoltà, essa compete alla vedova del colono. Nel caso in cui gli eredi o la vedova nella coltivazione del fondo non seguissero le norme di un buon padre di famiglia, sia nel restante tempo dell'anno agrario in corso, sia nell'anno susseguente, può il locatore fare coltivare il fondo a proprie spese, prelevandone poscia l'importare sulla porzione dei frutti a cui essi avrebbero diritto (art. 1653).

Nel concedere la facoltà, indicata nell'art. 1653, ai figli e agli altri eredi del defunto se con lui coabitavano, ed alla vedova di lui, « il legislatore ha consultato piuttosto un principio di umanità, che le regole di diritto; secondo le quali la colonìa si dovrebbe sciogliere sempre al finire dell'anno agrario, perocchè il locatore nel fare la colonìa ebbe certamente in considerazione la persona del colono. Il principio di umanità è che, morto il colono, i suoi figli o gli altri suoi eredi che con esso coabitavano, non debbono trovarsi senza abitazione e senza mezzi di sussistenza. In questo lagrimevole stato molto probabilmente si troverebbero senza questo provvedimento, non essendo agevole il trovare entro i quattro ultimi mesi dell'anno agrario nuova colonìa: poichè i contratti di colonìa si fanno ordinariamente prima. Sotto la denominazione di *altri eredi* si comprendono tanto i legittimi, come un fratello, un nipote, quanto i testamentari, semprechè gli uni o gli altri coabitavano col colono. Ma se col colono coabitavano fratelli, nipoti o altri parenti non aventi diritto a legittima, e perciò neppure la qualità di eredi, e quegli abbia istituito eredi persone estranee, la facoltà di con-

(1) V. Pacifici-Mazzoni, *Ibidem*, num. 376.

tinuare nella colonìa non compete nè agli uni, nè agli altri; non ai primi, perchè non sono eredi; non ai secondi, perchè non coabitavano col colono (1). »

Scorso il termine designato nell'articolo 1653, la colonìa viene a cessare senza bisogno di dare o di prendere licenza. Tanto il locatore, che i figli, gli eredi e la vedova del colono, conoscono la durata della colonìa. Il primo può trovare altro colono; i secondi possono trovare altra colonìa.

Prima di chiudere lo svolgimento della dottrina intorno al contratto di colonìa, giova osservare che non bisogna fraintendere il significato dell'art. 1653, superiormente riferito. Il contratto di colonìa crea relazioni convenzionali tra il locatore ed il colono contraenti, e non già coi membri della famiglia del colono. Quindi, il locatore, pei crediti derivanti dalla colonìa, ha azione soltanto contro il colono con cui contrattò; nessuna azione gli compete contro i membri della famiglia che col colono convivono.

Il Supremo Collegio di Torino ragionava in proposito: « Sia pure che colui il quale assume una colonìa parziaria, il faccia non tanto nel suo interesse, quanto per giovare ad un tempo alla famiglia di cui è il sostegno; sia pure che questa venga da lui chiamata, come a partecipare dei vantaggi, e così a concorrere colle sue fatiche alla coltura dei beni; ma se egli solo è addivenuto al contratto, è impossibile dubitare che egli solo ne sia rimasto vincolato, e su lui unicamente pesino rimpetto al proprietario locatore le obbligazioni che ne sono la conseguenza; essendo principio elementare, che le convenzioni non vincolano se non le persone dei contraenti, ed all'adempimento delle obbligazioni sono tenuti solo coloro che le hanno assunte, ovvero i loro eredi od aventi causa. Ritenere, come fece il tribunale, che insieme al colono, che ha contrattato, debbono aversi come legati dal contratto tutti i membri della sua famiglia, solo perchè con esso convivono e con lui lavorano; che il fatto di un solo possa obbligare la moglie, i figli, i fratelli, e peggio ancora i genitori, senza che consti di alcun loro mandato; il supporre costituita di pien diritto la società senza il consenso, e talvolta contro il volere dei soci, i quali non avrebbero così il mezzo di esonerarsi dalle obbligazioni incontrate dal ma-

(1) V. Pacifici-Mazzoni, *Ibidem*, num. 379.

rito, dal fratello, dal figlio, salvo abbandonandone la convivenza, è tale un errore da non essere neppure mestieri di combatterlo. Basterebbe del resto leggere l'articolo 1653 del Codice civile, il quale concedendo nel caso di morte del colono le facoltà speciali ivi indicate ai figli od eredi del defunto, che con lui coabitavano, ovvero alla vedova, implicitamente esclude che costoro avessero in proprio dei doveri, delle obbligazioni, perchè appaia sempre più evidente la giustizia delle censure che col primo mezzo del ricorso si muovono contro la denunciata sentenza, la quale impertanto vuole essere annullata (1). »

154. Della locazione a soccida o soccio.

BIBLIOGRAFIA. — 1.° Tilemanni, *De contractu socidae* (Jenae, 1672); — 2.° Homberg, *De contractu socidae* (Helmst. 1685);—3.° Colas, *Traité politique et économique des cheptels* (Dijon, 1765); — 4.° Bertram, *Dissertatio de contractu socidae* (Halae, 1771);—5.° Pothier, *Société et cheptels* (Paris, 1775); — 6.° Caieu, *Du bail à cheptel* (Paris, 1888); —7.° Del Vecchio, *Se àvvi azione penale per il soccida infedele, il quale aliena gli animali a lui dati in soccida, e di nascosto del proprietario converte in proprio uso il prezzo ricavatone* (nella *Gazzetta del procuratore*, Vol. XXII, numero 26; 28 aprile 1888);—8.° Vivante, *La soccida semplice non è atto essenzialmente civile* (nel *Foro italiano*, anno 1892, parte I, pag. 1032 e seg.).

Soccida è voce dell'infima latinità; la quale, osserva il Ducange, *apud Cruscanos,* significa *accomandita di bestiame, che si dà alla custodia altrui a mezzo pro e danno.* Negli Statuti sinodali di Alberigo vescovo di Piacenza, dell'anno 1298, si legge: « Nullus Clericus vel ecclesiastica persona exerceat usuras vel faciat *Socidas* ad caput salvum (2). » Ciò che noi diciamo *soccida* o *soccio* i Francesi chiamano *cheptel,* da *capitale, captale, catallum,* che nel latino dei mezzi tempi

(1) Corte di Cassazione di Torino; sentenza dei 13 agosto 1884; negli *Annali della giurisprudenza italiana,* anno 1884, parte I, pag. 419.

(2) V. Ducange, *Glossarium ad scriptores mediae et infimae latinitatis,* verb. *Socida;* Venetiis, 1738.

designò ogni sorta di beni mobili, e specialmente il grosso e minuto bestiame.

La locazione a soccida o soccio è un contratto, per cui una delle parti dà all'altra una quantità di bestiame, perchè lo custodisca, lo nutrisca e ne abbia cura, a norma delle condizioni fra esse convenute (art. 1665).

Questa specie di locazione non fu ignota ai Romani. Abbiamo da una Costituzione dell'imp. Antonino: « Si pascenda pecora partiaria *(id est ut foetus eorum portionibus quibus placuit inter dominum et pastorem dividantur),* Apollinarem suscepisse probabitur, fidem pacto praestare per judicem compelletur. » (L. 8, Cod. *de pactis*). Se ne tiene ancora parola in due frammenti di Ulpiano (L. 13, D. *de praescriptis verbis;* L. 52, § 2, D. *pro socio*).

Abbiamo dianzi osservato, che la denominazione data a questo contratto dal Codice rimonta all'infima latinità. Ora, giova soggiungere che, nei mezzi tempi, il contratto di soccida era con frequenza stretto nelle città italiane. Alcuni Statuti, per impedire i patti illeciti ed usurari, prescrissero che la soccida dovesse farsi per pubblico istrumento o con licenza dell'autorità; qualche Statuto interdisse rigorosamente questo contratto agli Ebrei. Il termine ordinario pel quale stipulavasi questo contratto era da tre a sei anni. Onde gli animali dati a soccida non venissero smarriti o confusi con altri, il conduttore era obbligato a distinguerli con un segno particolare, che chiamavasi *nota* o *noda;* in Sardegna, per maggior guarentigia, questa *nota* doveva essere registrata in curia. Il latte, il cacio e gli altri prodotti doveano dividersi tra conduttore e locatore, ed in casa di costui. Leggesi in proposito negli Statuti di Ferrara: « Omnes foetus, fructus, redditus et proventus quicumque... dividantur, et medietas spectet ad dominum, alia medietas ad tenentem in soccidam; qui teneatur singulis 15 diebus portare, expensis et periculis suis, ad domum domini partem casei, povinarum et butiri domino contingentem, et aliis opportunis temporibus partem suam fructuum aliorum. » Da ultimo, vogliamo osservare, che il contratto di soccida dicevasi in Sardegna *comune,* ed a Napoli *ad menandum,* forse dal francese *mener,* reggere, governare (1).

(1) V. Pertile, *Storia del Diritto italiano,* Vol. IV, § 162; Pado-

Fermandoci sull'art. 1666, possiamo distinguere cinque specie di soccida: 1.° Soccida semplice ed ordinaria; 2.° Soccida a metà; 3.° Soccida coll'affittuario; 4.° Soccida col mezzaiuolo; 5.° Soccida impropriamente detta.

Si può dare a soccida qualunque specie di bestiame che sia capace di accrescimento, o di utilità all'agricoltura e al commercio (art. 1667).

Non essendovi patti particolari, tali contratti vengono regolati dai principii seguenti (art. 1668).

I. Della soccida semplice. — La locazione a soccida semplice è un contratto, per cui si dà ad altri del bestiame, per custodirlo, nutrirlo ed averne cura, a condizione che il conduttore guadagni la metà nell'accrescimento. L'accrescimento consiste tanto nei parti sopravvenuti, quanto nel maggior valore che il bestiame può avere al fine del contratto in confronto con quello che aveva al principio (art. 1669).

La stima attribuita al bestiame nel contratto di locazione non ne trasferisce la proprietà al conduttore, e non ha altro effetto che di determinare la perdita o il guadagno che può risultarne, terminata la locazione (art. 1670). In altri termini, la legge dispone che non si deve qui applicare la massima: *aestimatio facit venditionem*. Questa massima si applica sol quando la stima non può altrimenti spiegarsi, se non col pensiero di rendere il detentore della cosa debitore del prezzo più che della cosa stessa. Ma quando la stima trova la sua spiegazione nell' utilità di constatare il valore della cosa al momento della ricezione, affine di conoscer meglio l'ammontare del miglioramento o del deterioramento al tempo della restituzione, e così regolare i profitti o la perdita, non si può allora dire che la stima importi vendita. Lo scopo per cui essa è fatta esclude la presunzione di un trasferimento di proprietà (1).

---

va, 1874. Per quanto si attiene in particolare alle province napoletane vogliamo richiamare ciò che notava Giuseppe Basta: « Frequens in hoc regno occurrit usus vulgari nomine *Dare gli animali in guadagno*, ac lucrum et damnum ex hisce ex aequis partibus inter dominum et socium dividi solet, pecora vero semper domino restituuntur. At casum socius non sustinet, sed dominus: societates enim *ad caput salvum* a Xisto V in Bulla *Detestabilis* proscriptae fuere. » V. Basta, *Institutiones juris privati neapolitani*, § 549; Neapoli, 1786.

(1) V. Troplong, *Louage*, num. 1076

Il conduttore deve usare la diligenza di un buon padre di famiglia per la conservazione del bestiame datogli a soccida (art. 1671). Egli non è obbligato pei casi fortuiti, se non quando sia imputabile di colpa precedente, senza la quale non sarebbe avvenuto il danno (art. 1672). Nascendo controversia, il conduttore deve provare il caso fortuito, ed il locatore la colpa da lui imputata al conduttore (art. 1673). Le disposizioni racchiuse in questi tre articoli applicano i principî che abbiamo esaminati parlando delle obbligazioni in generale.

Il conduttore, che non si è obbligato a risarcire i danni dei casi fortuiti, è sempre tenuto a render conto delle pelli delle bestie, e di quanto altro ne possa rimanere (art. 1674). Si noti, che la legge non obbliga il conduttore a restituire *sempre* le pelli delle bestie. Se una epizoozia ha fatto morire molti animali, e l'autorità pubblica ha prescritto la distruzione delle pelli, per prevenire la comunicazione dell'infezione, è chiaro che il conduttore non potrà restituirle al locatore. Ecco perchè la legge dispone, che il conduttore è sol tenuto a *render conto* delle pelli delle bestie, e di quanto altro ne possa rimanere.

Se il bestiame è perito od il suo valore primitivo è diminuito senza colpa del conduttore, la perdita è a carico del locatore (art. 1675). Secondo una disposizione vigente in molti paesi consuetudinari francesi, la perdita del bestiame, totale o parziale, dovea sopportarsi metà dal locatore e metà dal conduttore. Il Pothier propugnò questo principio, il quale però era combattuto aspramente dai teologi che nel medesimo ravvisavano una specie di usura. Il Codice Napoleone, nell'articolo 1810, distingue la perdita totale dalla parziale: vuole che la perdita totale sia a carico del locatore; quella parziale sia comune al locatore ed al conduttore, secondo il prezzo della stima originaria e quello della stima allo spirare della soccida. Il nostro Codice, con miglior consiglio, ha mantenuto in ogni caso l'impero della massima: *res perit domino*. E, nell'art. 1677, ha vietato il patto che mette a carico del conduttore più della metà della perdita del bestiame; laddove il Codice francese vieta solo quel patto che mette a carico del conduttore la perdita totale del bestiame.

Il solo conduttore profitta del latte, del concime e del lavoro del bestiame dato a soccida. La lana e l'accrescimento si dividono (art. 1676). La disposizione racchiusa nella prima

parte di questo articolo si attiene alla *natura,* e non già alla *essenza* del contratto di soccida semplice. Ecco perchè nulla vieta, che il locatore si riserbi una porzione del latte, del concime e del lavoro del bestiame. Similmente, il conduttore può consentire a non prendere della lana e degli accrescimenti che una porzione inferiore alla metà, purchè si obblighi a soggiacere solo ad una parte corrispondente nella perdita (1).

Non si può stipulare: 1.° Che il conduttore sopporti più della metà della perdita del bestiame, allorchè avvenga per caso fortuito e senza sua colpa; 2.° Che egli abbia nella perdita una parte più grande che nel guadagno; 3.° Che il locatore prelevi in fine della locazione qualche cosa oltre il bestiame dato a soccida. Ogni convenzione di tale natura è nulla (art. 1677). Per qual ragione la legge ha proibite tali stipulazioni? La classe dei conduttori a soccida è ordinariamente ignorante e povera: la legge dovea quindi venire in suo soccorso per scioglierla dai nodi d'insidiose convenzioni; essa non ha voluto che avidi proprietari, abusando della semplicità e della debolezza dei conduttori, si attribuissero la parte del leone. Il Troplong richiama l'adagio: *nulla est fidelis cum potente societas.*

Il conduttore non può disporre di alcuna bestia della mandra, tanto appartenente al capitale della soccida quanto all'accrescimento, senza il consenso del locatore, e nemmeno questi può disporne senza il consenso del conduttore (art. 1678). In questa specie di soccida prevale l'elemento sociale. Bisogna quindi rispettare il principio imperante in materia di società: che uno dei soci non può disporre, senza il consenso degli altri, della cosa posta in comunione e dei suoi prodotti. Sotto il vocabolo *disposizione,* il Codice comprende tanto la vendita e la donazione, che il prestito e la locazione.

Quando la locazione a soccida è contratta coll'affittuario altrui, deve essere notificata al locatore dei beni di cui egli tiene l'affitto; senza di che il locatore dei detti beni può sequestrare e fare vendere il bestiame per essere soddisfatto di quanto l'affittuario gli deve (art. 1679). Adunque, quando, nel caso preveduto dall'articolo dianzi riferito, non si notifichi la locazione a soccida, il locatore non può impedire gli

(1) V. Zachariae, *Cours de droit civil,* Vol. II, § 376.

effetti del privilegio *in invectis et illatis* del proprietario del fondo. Il possesso reale del bestiame nei luoghi che gli appartengono è una circostanza che rende il suo diritto più energico, di fronte a quello che deriva al proprietario del bestiame da un possesso meramente civile.

Il conduttore non può tosare le bestie date a soccida senza prima avvertirne il locatore (art. 1680). La legge non impone nessuna formalità circa questo avvertimento, che il conduttore deve dare al locatore. Le relazioni delle parti debbono essere, per quanto è possibile, amichevoli; e tutto deve aver luogo fra esse con equità e buona fede (1).

Se nel contratto non fu stabilito il tempo per cui deve durare la soccida, si ritiene che abbia a durare per tre anni (art. 1681). Questo termine di tre anni è pure assegnato nell'articolo 1815 del Codice Napoleone, che lo mutuò dall'articolo 17 del titolo I della Consuetudine di Berry.

Il locatore può domandare anche prima lo scioglimento della soccida, se il conduttore non adempie a' suoi obblighi (art. 1682). Reciprocamente, lo scioglimento della soccida si può domandare dal conduttore, se il locatore non adempie a' suoi obblighi. Ben è vero che ciò non trovasi detto espressamente nel Codice; ma, come osservano concordemente gli scrittori, nulla ci può indurre a ritenere che il legislatore, in materia di soccida, abbia voluto derogare al diritto comune.

L'articolo 1683 determina il modo che deve seguirsi nella divisione diffinitiva, quando la locazione a soccida semplice è cessata sia per lo spirare del tempo convenuto dalle parti o designato dalla legge, sia per inadempimento degli obblighi imposti al locatore od al conduttore. Esso è così concepito: Al termine della locazione od al tempo dello scioglimento si procede a nuova stima del bestiame dato a soccida. Il locatore può prelevare dalle mandre bestie d'ogni specie sino alla concorrenza della prima stima; il di più si divide. Suppongasi una mandra di 20 vacche, stimata all'inizio del contratto 2000 lire. Questa mandra al termine del contratto ha acquistato un valore di 4000 lire. Il locatore non preleverà che dieci vacche; imperciocchè non deve aversi riguardo ai singoli animali, ma sibbene al loro valore. Le dieci vacche di

(1) V. Troplong, *Louage*, num. 1139, 1157 e 1167.

oggi pareggiano le venti vacche di tre anni or sono. Ciò che eccede il valore originario si dividerà tra il locatore ed il conduttore. Se non vi sono bestie sufficienti ad agguagliare la prima stima, il locatore prende quelle che rimangono senza che il conduttore debba concorrere nella perdita. Suppongasi una mandra di vacche stimata all'inizio del contratto 2000 lire. Una epizoozia ne ha fatto perire due terzi; in tal caso, anche quando il terzo superstite non pareggi per valore la stima primitiva dell'intera mandra, il locatore non può pretendere il concorso del conduttore nella perdita.

II. Della soccida a metà. — La soccida a metà è una società, nella quale ciascuno dei contraenti conferisce la metà del bestiame che resta comune pel guadagno o per la perdita (art. 1684). Il solo conduttore profitta, come nella soccida semplice, del latte, del letame e del lavoro degli animali. Il locatore non ha diritto che sopra la metà delle lane e dell'accrescimento (art. 1685). Nel rimanente le regole della soccida semplice s'applicano alla soccida a metà (art. 1686).

In questa specie di soccida il conduttore è proprietario della metà del bestiame; ciò che suppone da sua parte una maggiore agiatezza che nella soccida semplice. In forza di tale contratto si mette in comune non solo il godimento, ma eziandio la proprietà del bestiame. Il conduttore in questa società reca più del locatore; quindi ha una parte maggiore nei profitti, i quali nondimeno non superano quelli cui ha diritto il conduttore nella soccida semplice: e la ragione è questa. Se il conduttore nella soccida a metà reca più di quello che apporta il conduttore nella soccida semplice, egli reca minori spese e minori cure di custodia. Nella soccida semplice il conduttore deve custodire, nutrire ed aver cura del bestiame appartenente *tutto* ad altri; nella soccida a metà, essendo egli proprietario della metà del bestiame, non reca, per quanto s'attiene a nutrimento, cura e custodia del medesimo, che metà di quello che reca il conduttore nella soccida semplice. Solo la metà del bestiame appartiene al locatore; l'altra metà appartiene al conduttore, e quando egli lo nutre, ne ha cura, lo custodisce, non fa che custodire, curare, nutrire la cosa propria. Quindi non è il caso di meravigliarsi, se i vantaggi del conduttore nella soccida a metà sono eguali a quelli del conduttore nella soccida semplice.

III. Della soccida coll' affittuario. — La soccida data

all'affittuario, chiamata anche *soccida di ferro,* è quella per cui si concede un fondo in affitto, a condizione che al terminare della locazione l'affittuario lasci degli animali di valore eguale al prezzo della stima di quelli che ha ricevuti (art. 1687). Questa soccida dicesi *di ferro,* e gli animali diconsi parimente *di ferro,* perchè essi, come si esprimeva il Beaumanoir nell' antica giurisprudenza francese, *ne peuvent mourir à leur seigneur.* Ogni fondo ben governato deve nutrire un numero di animali, proporzionato alle sue forze produttive ed alla sua estensione. Un Dottore dell' Università di Bourges diceva al proposito: « Pecora sunt membra feudorum. Quid enim sine ipsis prodessent fundi (1)? » Ma non tutti gli affittuari hanno un capitale sufficiente, per acquistare il bestiame che deve dare alla terra da coltivarsi il concime di cui ha bisogno. In tali casi il proprietario aggiunge al capitale del fondo dato in affitto un altro capitale consistente in animali, che restano attaccati al fondo (2). Come decideva il Supremo Collegio di Roma, il contratto di affitto e la soccida di ferro hanno *in aliquibus* caratteri comuni, ma della soccida costituisce condizione *sine qua non* quella per cui, secondo l' articolo 1687 del Codice civile, al terminare della locazione, l'affittuario lasci degli animali di valore eguale al prezzo della stima di quelli che ha ricevuti. I patti quindi che modificano tale condizione, che costituisce elemento essenziale della soccida di ferro, snaturano il contratto e lo trasformano in semplice locazione (3).

Il card. de Luca ha provato luminosamente il fondamento razionale su cui riposa l'ordinamento della legge, che autorizza la soccida di ferro. « Cum agatur de animalibus ad certum laborerium, seu fructum destinatis, in quibus frequentius peremptio vel deterioratio pendere solet, vel a modica diligentia conductoris, seu custodis et operarii in illis nutriendis et gubernandis, vel ab immoderato usu, ob nimiam aviditatem magis quam ut par est exfructando, atque justificari de facili non possint hujusmodi culpae, adaptatum

(1) Cit. da Thaumassière, sulla Consuetudine di Berry, tit. XVII, *Préface;* Paris, 1520.

(2) V. Troplong, *Louage,* num. 1216.

(3) Corte di Cassazione di Roma; sentenza dei 19 novembre 1890; nella *Legge,* anno XXXI, Vol. I, pag. 76.

videtur pactum susceptionis periculi per conductorem (1). »
Ma il de Luca, in omaggio al principio imperante ai suoi tempi, in forza del quale s'interdicevano gli interessi nel mutuo, soggiungeva che la soccida di ferro non può ritenersi valida, quando il giudice si convinca che essa siasi pattuita *in fraudem et pallium usurarum;* soggiunta che certamente non dobbiamo far noi, sotto l'impero del Codice.

La stima del bestiame consegnato all'affittuario non produce in lui la traslazione della proprietà, ma nulladimeno pone il bestiame a suo rischio (art. 1688). Anche in questo caso, come in quello preveduto nell'art. 1670, *aestimatio non facit venditionem.* La stima, trattandosi di soccida coll'affittuario, ha per iscopo di constatare contraddittoriamente il valore che l'affittuario dovrà lasciare in bestiame al termine della locazione, e di mettere a suo rischio la perdita dello stesso.

Tutti i guadagni appartengono all'affittuario durante la locazione, se non vi è patto in contrario (art. 1689). L'affittuario adunque gode esclusivamente del latte, del lavoro, dell' accrescimento, delle lane degli animali; allo stesso modo come gode degli altri frutti del fondo. Solo il concime non cede a suo profitto, come è detto espressamente nell'art. 1690; esso appartiene alla possessione locata, nella coltura della quale si deve unicamente impiegare.

La perdita anche totale del bestiame, avvenuta per caso fortuito, ricade interamente a danno dell' affittuario, se non si è altrimenti pattuito (art. 1691). Trovasi qui un'eccezione alla massima, *res perit domino;* ed è appunto tale eccezione che fa dare alla soccida coll'affittuario il nome di *soccida di ferro.* È giusto che il pieno godimento concesso all' affittuario venga compensato col rischio della cosa posto a suo carico.

Al termine della locazione l'affittuario non può ritenersi il bestiame compreso nella soccida pagando il valore della stima primitiva, ma deve lasciare bestiame di valore eguale a quello che ha ricevuto. Ogni deficienza che si verifica nel valore del bestiame, è a carico dell'affittuario che la deve risarcire, ogni eccedenza è a tutto di lui vantaggio (art. 1692).

(1) V. De Luca, *De usuris et interesse*, Disc. II, num. 6; Venetiis, 1726.

A quali danni non sarebbe soggetto un fondo, ove si permettesse all'affittuario che esce di spogliare il fondo di ciò che tanto è necessario alla sua produzione? Egli deve lasciare bestiame di valore eguale a quello che ha ricevuto. Gli animali che lo compongono possono non essere gli stessi di quelli dati originariamente. Essi formeranno sempre la medesima mandra: *unum corpus ex distantibus capitibus*, osserva il Troplong.

IV. Della soccida col mezzaiuolo. — Si può stipulare che il mezzaiuolo rilasci al locatore la sua parte della lana tosata a prezzo minore del valore ordinario; che il locatore abbia una maggiore porzione degli utili; che gli spetti la metà del latte (art. 1693). La soccida col mezzaiuolo termina col fine della locazione (art. 1694). Nel rimanente essa è sottoposta a tutte le regole della soccida semplice (art. 1695).

La soccida col mezzaiuolo non è che una soccida semplice modificata in qualche punto. Le principali modificazioni racchiuse nell'art. 1693 sono giustificate da questa considerazione. Nella soccida col mezzaiuolo il locatore somministra il nutrimento e l'alloggio del bestiame; nella soccida semplice egli non somministra nè l'uno nè l'altro. Quindi taluni patti, non permessi nella seconda, si potevano, senza offendere le ragioni della giustizia, permettere nella prima.

V. Della soccida impropriamente detta. — La soccida impropriamente detta ha luogo quando si dànno una o più vacche, perchè siano custodite ed alimentate, delle quali il locatore conserva la proprietà, avendo soltanto il guadagno dei vitelli che nascono da esse (art. 1696). Nella soccida *propriamente detta* il bestiame si dà *ut universitas*, come una universalità che si perpetua col rinnovellarsi degli individui. Invece, nella soccida *impropriamente detta*, il bestiame si dà non *ut universitas*, ma *ut singula capita.* Prima del Codice Napoleone il solo giurista che in Francia ebbe ad occuparsi della soccida impropriamente detta fu il Pothier, che la collocava fra i contratti innominati, e più particolarmente nella classe dei contratti innominati *do ut facias* (1).

---

(1) Tra i giuristi italiani che si sono occupati di questa specie di soccida, ricordiamo particolarmente Prospero Farinacio, il quale esamina: « Locatio animalium, quando censeatur facta in specie de singulis animalibus, et quando in genere de armento seu praecodio. » *Decisiones Rotae criminum materiam respicientes,* Decis. CXVIII, num. 8; Venetiis, 1606.

155. Del contratto di società.

Bibliografia. — 1.° Goeddaei, *De contractu societatis* (Marb. 1603);— 2.° Fibig, *De contractu societatis* (Jenae, 1641); — 3.° Felicius, *De societate et communione bonorum, deque lucro, damno et expensis* (Genevae, 1677); — 4.° Telleri, *De divisione lucri et damni inter socios* (Lipsiae, 1684) ;—5.° Mülleri, *De societate universali* (Jenae, 1691); — 6.° Crameri, *De partibus aequalibus in lucro et damno sociorum spectandis* (Marb. 1732);—7.° Eckhard, *De societate leonina* (Jenae, 1738);—8.° Burgh, *De societate* (Lugduni-Batavorum, 1740);—9.° Troplong, *Du contrat de société* (Paris, 1843);—10.° Delamarre, *Des sociétés* (Paris, 1844);—11.° Duvergier, *Du contrat de société* (Paris, 1854); — 12.° Passy, *Du contrat de société* (Evreux, 1857);—13.° Nusse, *De la société* (Paris, 1863); — 14.° Polizu, *Des sociétés civiles* (Paris, 1865);—15.° Montels, *Du contrat de société* (Paris, 1867);—16.° Bernard, *De la personnalité de la société, soit civile, soit commerciale* (Aix, 1870); — 17.° Bordeaux, *Du contrat de société* (Paris, 1872);—18.° Vidari, *Individualità giuridica delle società commerciali* (nel *Casaregis*, anno 1877, pag. 107 e seg.);— 19.° Garapin, *Du contrat de société* (Paris, 1880); — 20.° Boursan, *Du contrat de société* (Paris, 1883);—21.° Dreyfus, *Des sociétés civiles à formes contractuelles* (Paris, 1887);—22.° Bonelli, *La personalità giuridica delle società di commercio* (Roma, 1887); — 23.° De Rossi, *Sono le società civili enti collettivi separati e distinti dalla persona dei soci?* (Napoli, 1889); — 24.° Guillouard, *Traité du contrat de société* (Paris, 1891);—25.° Vavasseur, *Traité des sociétés civiles et commerciales* (Paris, 1892).

L'art. 1697 così definisce la società: un contratto, col quale due o più persone convengono di mettere qualche cosa in comunione, al fine di dividere il guadagno che ne potrà derivare. Baldo così definiva la società: « Contractus ultro citroque obligatorius, lucrorum damnorumque communicativus, eorumque divisivus, sicut aequitas persuadit. » Questo contratto vuole per la sua *esistenza* il concorso di tre elementi:

A) Il consenso delle parti.—La semplice comunione d'interessi, che può stabilirsi fra più persone per effetto del caso od anche pel fatto loro proprio, ma senza alcuna intenzione di associarsi *(sine affectione societatis)*, non costituisce una società propriamente detta. I giureconsulti romani chiamano

la società *voluntarium consortium* (L. 52, § 8, D. *pro socio*). Quando non vi è l'*affectio societatis* non può parlarsi di società: « Communiter autem res agi potest etiam citra societatem; ut puta cum non *affectione societatis* incidimus in communionem, ut evenit in re duobus legata: item si a duobus simul empta res sit; aut si hereditas vel donatio communiter nobis obvenit, aut si a duobus separatim emimus partes eorum, non socii futuri. » Così Ulpiano (L. 31, D. *Ibidem*). Abbiamo riferito questo frammento del Diritto romano anche in altra parte del nostro lavoro, ma ci è sembrato opportuno di riferirlo novellamente in questo luogo, perchè dal medesimo si ricava lucidamente l'errore in cui cadono quei giuristi, che non dubitano di stabilire in regola assoluta il *contratto*, siccome criterio differenziale tra la comunione e la società. Il giureconsulto romano dimostra, con un esempio *(si a duobus separatim emimus partes eorum)*, che vi sono dei casi nei quali si trova la convenzione, ma dalla stessa germina non la società, sibbene la semplice comunione: *non socii futuri*.

E si noti, per non mancare di esattezza, che nel Diritto romano si trova designato con precisione il criterio differenziale tra la comunione e la società, sebbene poi, nelle fonti stesse, in nessun testo sia fermato direttamente l'altro concetto, dell' intenzione che hanno le parti, nel contratto di società, di raggiungere colla unione un benefizio che, isolate, non potrebbero procurarsi: questo concetto, tanto essenziale in tema di società, è solo accennato per incidenza in qualche frammento. E può assegnarsi la ragione di tale silenzio, relativo se non assoluto, intorno allo scopo che muove principalmente a stringere il contratto di società. Nelle età passate ignoravasi la forza di produzione che acquistano i capitali in virtù della loro unione. La più parte degli esempi che presentano le leggi romane è improntata all'industria agricola; si tratta di associazioni senza importanza, senza estensione, inspirate dalla necessità, e strette piuttosto per impedire delle perdite anzichè per procurarsi dei vantaggi. E ciò spiega, come, sotto l'impero del Diritto intermedio, si confondesse tanto sovente la comunione colla società. In molte consuetudini francesi (1), quando il padre ed i figli, ovvero

(1) Cit. dal Duvergier, *Du contrat de société*, num. 5.

i fratelli tra loro vivevano in comune, si riteneva che vivessero in società. La distinzione tra i rapporti di parentela o di affezione e quelli formati per uno scopo di lucro era, se non disconosciuta, raramente e debolmente applicata. La dottrina e la legislazione a tal riguardo erano più sentimentali che scientifiche; esse non limitavansi a formulare le regole intorno all'amministrazione del fondo sociale, ma davano consigli di morale intorno ai rapporti personali dei soci.

Adunque, la vera distinzione tra la *comunione* e la *società* è questa; che nella seconda vi è l'*affectio societatis* che non si ravvisa nella prima. La legge, osserva il Laurent, guarda sfavorevolmente la *comunione*, mentre favoreggia la *società*. Ecco perchè la *comunione* non è obbligatoria che per dieci anni (art. 681); la legge non limita la durata delle *società;* esse possono durare per tutta la vita dei soci in forza del contratto. L'*associazione* accresce le forze individuali, e quindi diviene un istrumento energico per lo sviluppo delle ricchezze; ora, continua il Laurent, la ricchezza è un mezzo d'incivilimento, le nazioni ricche sono più incivilite delle nazioni povere; « seulement il faut qu'elles se gardent de faire de la richesse un but, elle doit être subordonné au développement intellectuel et moral des individus (1). » La *comunione* non si propone per iscopo un beneficio; invece di aumentare le ricchezze, essa ne impedisce l'accrescimento. La comunione è una comproprietà; il partecipante non ha pel miglioramento della cosa il medesimo interesse del proprietario.

B) Un conferimento da farsi da ciascuna delle parti. Giusta il capoverso dell'art. 1698, ciascun socio deve conferire alla società o danaro, od altri beni, o la propria industria. Si possono conferire tutte le cose che hanno un valore apprezzabile in danaro; epperciò i beni mobili ed immobili (e se ne può conferire la proprietà o il puro godimento), corporali od incorporali (ad esempio un credito, un'invenzione); si può altresì conferire la propria industria o il credito acquistato in commercio, avvalorato però dall'attiva cooperazione del socio che lo conferisce (2). In mancanza di conferimento la società *non esiste*.

(1) V. Laurent, *Principes de droit civil*, Vol. XXVI, num. 134.

(2) V. Precerutti, *Elementi di Diritto civile patrio*, Vol. II, n. 857; Torino, 1861.

C) Una comunanza d'interesse; il cui risultamento finale consiste nella divisione fra i soci dei profitti e delle perdite, che deriveranno dall' impiego dato al capitale sociale (1). L'articolo 1698 statuisce espressamente che la società deve essere contratta *per l'interesse comune delle parti*. In tema di società, e lo determineremo in sèguito con maggior precisione, deve parlarsi insieme e dei *guadagni* e delle *perdite*. « Omnis societas lucri in commune faciendi gratia coitur. Sed non semper lucrum fit, et saepe etiam damnum. Hinc de partibus lucri et damni quaerendum est, ut sciatur, quantum quisque et in lucro et in damno ferat (2). » Il Codice, negli articoli 1717 a 1719, si occupa di proposito di questa determinazione.

Qualunque società deve avere per oggetto una cosa lecita (articolo 1698). Vuolsi però notare, colla Cassazione di Firenze, che anche la ricreazione e il diletto possono formare oggetto di un contratto di società; imperciocchè nulla vi si può ravvisare che sia contrario all'ordine pubblico ed ai buoni costumi. « Non può vedersi come ad una associazione di più individui che pattuiscano di porre in comune fra loro il possesso e il godimento, per esempio di una villa o di un giardino, all'oggetto di passeggiarvi e ricrearvisi, o di un palazzo in città, dove le conversazioni, le letture, le accademie musicali, le danze ed altrettali divertimenti formano onesto passatempo di persone civili, non possa convenire il titolo di società legalmente detta, e comprendersi nel genere della società civile dagli art. 1697 e 1698 del Codice civile riconosciuta e definita (3). » Anche più recentemente notava lo stesso Supremo Collegio: « È risaputo, come oltre le persone giuridiche o morali, le quali fittiziamente ripetono la loro capacità dal potere politico, vi hanno accanto alle persone naturali, associazioni o aggregati di più individui, che si distinguono essenzialmente dalle prime, poichè, costituite dalla libera volontà di più individui, sono indipendenti dall' azione dei poteri pubblici. I circoli letterari ed artistici, ed in genere

(1) V. Zachariae, *Cours de droit civil*, Vol. II, § 377.

(2) V. Vinnio, *Institutionum*, Lib. III, tit. XXVI, § 1, princ.; Venetiis, 1754.

(3) Corte di Cassazione di Firenze; sentenza dei 30 dicembre 1868; negli *Annali della giurisprudenza italiana*, anno 1869, parte I, pagina 34.

le società ricreative ed anche a scopo pio e di culto, più che vietati, sono anzi garentiti da tutti i governi, perchè rispondenti alle più nobili tendenze della personalità umana, ed essi trovano il limite di loro esistenza duratura nella volontà dei componenti. Ora, tutte codeste associazioni sono suscettibili di possedere in modo, che sebbene la proprietà non sia di ciascun membro o socio *uti singuli,* risieda però in tutti quali comproprietari, disciplinata da speciali statuti che non contraddicano al diritto pubblico interno di ciascuno Stato (1).»

Il contratto di società può stipularsi sia verbalmente, sia per iscritto. È questa la regola generale. Ma, come è detto nell'articolo 1314, i contratti di società che hanno per oggetto il godimento di beni immobili, quando la durata della società è indeterminata o eccede i nove anni, devono farsi per atto pubblico o per scrittura privata, sotto pena di nullità.

La società ha essa una personalità giuridica distinta dai membri che la compongono? Viva fu la discussione ch'ebbe luogo a tal proposito presso la Commissione Coordinatrice; la quale tuttavia non emise nessuna decisione, abbandonando la quistione alla dottrina ed alla giureprudenza. Giova riferire quanto in tale occasione ebbe ad osservare il presidente Cassinis: « Che egli, senza contestare teoricamente il principio professato da molti eminenti scrittori, fra i quali Puffendorf e Troplong, ogni società costituire un corpo morale, siccome risultato di un'operazione intenzionale, di un' astrazione intellettuale, da cui non si potrebbe per la natura stessa delle cose sfuggire, praticamente e in via di legge costituita, egli non sarebbe disposto ad accordare il carattere di corpo morale fuorchè alle sole società commerciali. » Queste società commerciali, « siccome necessariamente fondate sopra relazioni coi terzi, non potrebbero nè concepirsi, nè efficacemente esistere, tranne a condizione di essere un corpo morale, e, d'altro canto, hanno un oggetto pubblico, certo, determinato, e facilmente apprezzabile in tutti i loro rapporti, cioè il commercio; ma non potersi ciò ugualmente ammettere rispetto alle molte specie di società civili possibili, che potrebbero essere ignorate o non abbastanza comprese, perchè potessero dirsi presuntivamente almeno riconosciute (2). »

---

(1) Corte di Cassazione di Firenze; sentenza dei 21 gennaio 1895; nella *Giurisprudenza italiana,* anno 1895, parte I, pag. 428.

(2) Verb. num. 21 della Commissione Coordinatrice.

Noi crediamo che, nel campo della dottrina, si debba accettare la distinzione propugnata dal Cassinis; e, prima di lui, da altri valorosi giuristi, specialmente dai giuristi dell'antica scuola italiana. *Societas est corpus mysticum,* diceva lo Stracca, accennando alle società commerciali (1). Le ragioni che consigliano di riconoscere la personalità giuridica delle società commerciali non concorrono in materia di società civili. Nè troviamo alcuna disposizione di legge che ci possa indurre ad accettare una contraria sentenza. Ben è vero, che gli art. 1709, 1710, 1715 e 1731 del Codice civile presentano il socio come debitore della *società*, ovvero la *società* come proprietaria di certi beni, di guisa che la società ci apparisce a prima fronte come capace di esercitare dei diritti, come soggetta a talune obbligazioni. Ma, chi ben consideri, la voce *società* è impiegata nei citati articoli per abbreviazione, per evitare una circonlocuzione, per designare l'insieme degli associati. L'art. 1709 dice: *ogni socio è debitore verso la società*. In altre parole: *ogni socio è debitore verso i consoci*. Non si può ragionevolmente supporre che il legislatore, volendo consacrare il principio della personalità delle società civili, fosse andato a nasconderlo sotto una espressione anfibologica.

Premesse queste nozioni generali, passiamo ad esporre le disposizioni del Codice.

I.

Delle diverse specie di società.

Le società sono universali o particolari (art. 1699). Noi, seguendo l'ordine del Codice, terremo parola prima delle società universali, e poi delle società particolari. Qui saremo contenti a ricordare una osservazione già fatta da chiari scrittori, che le società universali non hanno più oggimai che un interesse meramente storico. Ebbero bensì un'importanza nei

(1) E la Ruota di Genova: « Creditores societatum mercatorum, in rebus et bonis societatum, praeferuntur quibuscumque aliis creditoribus, et etiam dotibus. » V. Thiry, *Les sociétés civiles*; nella *Revue critique de législation*, anno 1854.

primitivi periodi dell'umana convivenza, quando il sentimento dei comuni pericoli, contro i quali non li difendeva l'imperfezione delle leggi e delle pubbliche istituzioni, poteva indurre i privati a mettere in comune tutte le loro sostanze. Ma, in mezzo ad una civile convivenza, ricca, industriosa, ordinata, cessando questo bisogno, dovettero pur cessare le società universali che n'erano il frutto e l'espressione. Le società universali, nota il Duvergier, sono oggi rarissime; e, se non intervengono delle modificazioni molto inverosimili nella opinione e nei costumi, il loro numero non si accrescerà in avvenire. Queste associazioni universali non son dirette a far raggiungere lo scopo che gli economisti assegnano alle vere società. Esse hanno per oggetto piuttosto un godimento comune, anzichè la percezione dei benefizi creati dalla fusione dei capitali che si fecondano gli uni cogli altri. « Elles sont plus passives qu'actives. Par conséquent, c'est par une disposition d'esprit tout exceptionnelle qu'on peut être porté à former de pareilles relations. Ceux qui cherchent à les établir et qui espèrent qu'elles auront une longue durée, consultent plus leur penchant que leur intérêt. Il n'y a que des gens unis par les liens d'une étroite amitié, d'une intime confiance, qui puissent songer à contracter une société universelle. » Il Duvergier conchiude coll'osservare, che l'epoca nella quale viviamo e le dottrine che la governano non sono guari favorevoli alla formazione ed alla durata di questi contratti, la cui sorgente si trova nell'affetto reciproco delle parti, e che debbono rompersi il giorno nel quale si estingue la simpatia (1).

1.° *Delle società universali.* — Si distinguono due specie di società universali: la società di tutti i beni presenti e la società universale dei guadagni (art. 1700).

La società di tutti i beni presenti è quella, colla quale le parti pongono in comunione tutti i beni mobili ed immo-

---

(1) V. Duvergier, *Du contrat de société,* num. 87. « L'âge des sociétés universelles est a peu près terminé. Le génie de l'association s'est tourné vers des intérêts nouveaux et on le voit maintenant se deployer dans les sociétés particulières, les seules qui conviennent à l'économie moderne de la civilisation. » Poisnel, *Recherches sur les sociétés universelles chez les Romains;* nella *Nouvelle revue historique de Droit français et étranger*, anno 1879.

bili che possedono attualmente, e gli utili che potranno ricavarne. Possono altresì comprendervi tutte le altre specie d'utili; ma i beni che le parti acquistassero per successione o donazione, non entrano in questa società, se non per essere goduti in comunione. Ogni stipulazione, che tenda a render comune la proprietà di tali beni, è nulla (art. 1701). Per Diritto romano, poteva entrare in società anche la *proprietà* dei beni futuri in generale. Il Codice italiano, sulle orme del francese, ha limitata su questo punto la libertà dei contraenti; e siffatta limitazione fu giustificata dal Treilhard con questa considerazione: gli atti di società possono simulare atti di donazione; ora il Diritto moderno statuisce, che la donazione non può comprendere che i beni presenti (V. art. 1064 del Cod. ital.); adunque il divieto di comprendere i beni futuri negli atti di donazione dovea produrre, per una inevitabile conseguenza, la proibizione di comprenderli nei contratti di società. D'altra parte, è mestieri che tutto quello che entra in società possa valutarsi al momento in cui si forma il contratto; è questo il solo mezzo di assicurare ad ogni socio una ripartizione proporzionata dei guadagni, e di evitare i deplorevoli effetti di una società leonina o quasi leonina (1).

La società universale dei guadagni comprende tutto ciò che le parti saranno per acquistare colla loro industria, per qualsivoglia titolo, durante la società: i beni sì mobili come immobili, che ciascuno dei soci possede al tempo del contratto, non sono compresi nella società, se non per essere goduti in comunione (art. 1702). Il semplice contratto di società universale, senza altra dichiarazione, non include che la società universale dei guadagni (art. 1703). Nel Diritto romano, la società universale dei guadagni era detta *universorum quae ex quaestu veniunt.* E nello stesso Diritto romano troviamo la regola consacrata nell'articolo 1703: « Coiri societatem et simpliciter licet. Et si non fuerit distinctum, videtur coita esse universorum quae ex quaestu veniunt. Hoc est, si quod lucrum ex emptione, venditione, locatione, conductione descendit. » (L. 7, D. *pro socio*). Questa regola del giure romano e del moderno riposa sulla presunta volontà dei contraenti.

(1) V. Duranton, *Cours de droit français*, Vol. XVII, num. 250.— Aubry e Rau su Zachariae, Vol. II, § 379.

Non può aver luogo veruna società universale, eccetto che tra persone capaci di dare o di ricevere scambievolmente l'una dall'altra, ed alle quali non sia vietato d'avvantaggiarsi reciprocamente a scapito dei diritti d'altre persone (art. 1704). Quindi, per recare un esempio, sarebbe nulla una società universale contratta tra il padre ed il figlio adulterino. Ma s'interpreterebbe malamente l'art. 1704, quando si dicesse che, in forza del medesimo, è proibita la società universale tra il padre ed i figli in generale (1).

2.° *Delle società particolari.* — La società particolare è quella, la quale non ha per oggetto se non certe determinate cose, o il loro uso, ovvero i frutti che se ne possono ritrarre (art. 1705). È parimente società particolare il contratto, con cui più persone si associano per una impresa determinata, o per l'esercizio di qualche mestiere o professione (art. 1706). Così, sarebbe società il contratto col quale due persone comprassero insieme un fondo allo scopo di profittare insieme dei frutti dello stesso, ed il contratto con cui due pittori si unissero per associare la loro arte, e mettere in comune i benefizi che ne ricavano.

II.

Delle obbligazioni che derivano dal contratto di società.

Il Codice parla separatamente delle obbligazioni dei soci tra loro, e delle obbligazioni dei soci verso i terzi. Noi ci atterremo fedelmente all'ordine che trovasi accolto dal legislatore.

1.° *Delle obbligazioni dei soci tra loro.* — Per amore di chiarezza ripartiremo scientificamente le molte disposizioni racchiuse in questa sezione.

A) *Tempo in cui s'inizia la società.* — La società comincia nell'istante medesimo del contratto, se non è fissato un altro tempo (art. 1707).

Non basta conoscere l'incominciamento della società; fa

(1) Corte di Cassazione di Napoli; sentenza dei 7 dicembre 1867; negli *Annali della giurisprudenza italiana,* anno 1868, parte I, pag. 45.

d' uopo eziandio conoscere la durata della stessa. Baldo raccomandava alle parti di determinare questo punto (1). Ma, se il contratto serba silenzio su questo punto, viene opportuna la disposizione contenuta nel Codice: Non essendovi patto circa la durata della società, si presume contratta per tutta la vita dei soci, sotto le limitazioni espresse nell'articolo 1733; se però si tratta d'affare, il quale non duri che per un determinato tempo, la società s'intende contratta per tutto il tempo in cui deve durare lo stesso affare (art. 1708). Le limitazioni espresse nell'art. 1733 son queste, che nella società, la cui durata è senza limite, si può domandare lo scioglimento della stessa per volontà di una delle parti, mediante una rinunzia notificata a tutti i soci, purchè tale rinunzia sia fatta in buona fede e non fuori di tempo.

B) *Obbligazioni dei soci tra loro.* — Ogni socio è debitore verso la società di tutto ciò che ha promesso di conferirvi. Quando ciò che si deve conferire consiste in un determinato corpo di cui la società abbia sofferto l'evizione, il socio che l'ha conferito, ne è garante verso la società, nel modo stesso che il venditore è obbligato per l'evizione a favore del compratore (art. 1709).

Il socio che doveva conferire alla società una somma e non l'ha conferita, è di diritto debitore degli interessi di tale somma dal giorno in cui doveva eseguirsi il pagamento, salvo il risarcimento dei danni. Lo stesso ha luogo riguardo alle somme che avesse prese dalla cassa sociale, gli interessi delle quali decorrono dal giorno che le ha ritirate per suo particolare vantaggio (art. 1710). È questa una derogazione alla regola generale, giusta la quale l'interesse legale di una somma tien luogo di risarcimento di danni, senza che il creditore possa pretendere altro (V. art. 1231). Tale derogazione è giustificata dalla natura stessa del contratto di società. Per l'inadempimento dei doveri sociali da parte di uno dei soci è forse derivato, che la società non ha potuto fare delle operazioni dalle quali le sarebbero derivati grandi vantaggi. Ma noi crediamo opportuno di spiegare anche più chiaramente questo concetto. Il rigore della legge verso i soci ritardatari si giustifica avuto riguardo alla natura ed allo scopo del contratto di società. Colui il quale promette puramente e sem-

(1) V. Troplong, *Société,* num. 523.

plicemente di pagare una somma di danaro, non si obbliga che a rimettere al suo creditore quello che gli deve, senza intenzione di procurargli un vantaggio superiore a quello che risulta ordinariamente dal godimento di un capitale. D'altra parte, come bene osserva il Duvergier: « il est souvent pressé par la nécessité; il promet plus qu'il ne peut tenir. » All'opposto, il socio era libero di promettere un conferimento, o di non obbligarsi. Obbligandosi, egli sapeva che i soci facevano assegnamento sulla somma promessa, per raggiungere un vantaggio superiore all'interesse legale del danaro; il socio si è obbligato a procurar loro, col suo concorso, questo benefizio. Egli è tenuto ad una indennità completa, nel caso che, per sua colpa, il benefizio non si è avuto (1).

I soci che si sono obbligati ad impiegare per la società la loro industria, debbono render conto di tutti i guadagni fatti con quella specie d'industria che è l'oggetto della società (art. 1711). Ma essi non dovranno rendere alcun conto dei guadagni che abbiano ritratti da altre industrie.

Se uno dei soci è creditore per suo conto particolare di una somma esigibile verso una persona che è pure debitrice alla società di una somma egualmente esigibile, deve imputare ciò che riceve dal debitore al credito della società e al proprio nella proporzione dei due crediti, ancorchè colla quitanza avesse fatta l'intera imputazione al suo credito particolare: ma se ha dichiarato nella quitanza che l'imputazione è fatta interamente al credito della società, questa dichiarazione ha il suo effetto (art. 1712). Tale disposizione mostra la differenza che passa tra la semplice comunione e la società. Quelli che son tra loro in semplice comunione, poichè si trovano stretti solo da un rapporto di comproprietà, e non da relazioni personali, possono seguire unicamente il loro particolare interesse. Il socio, invece, dovendo tutto dedicarsi alla comune utilità, dovendo vegliare non solo agli interessi propri ma eziandio agli interessi sociali, non può anteporre i primi ai secondi. La disposizione dell'art. 1712 applica questa massima di fraternità sociale.

Se uno dei soci ha ricevuta l'intera sua porzione di un credito comune, ed il debitore diventa in appresso non solvente, questo socio deve conferire nella massa ciò che ha ri-

(1) V. Duvergier, *Du contrat de société*, num. 155.

cevuto, quantunque abbia rilasciato la quitanza specialmente a sconto della sua porzione (art. 1713). Ad esempio, Pietro deve ad una società composta di tre persone, 6000 lire; uno dei soci si fa pagare la sua porzione, che è di 2000 lire, e rilascia a Pietro una quitanza *a sconto della sua porzione.* Gli altri due soci sono meno diligenti nel farsi pagare le loro porzioni. Il debitore Pietro diventa in appresso non solvente. I soci insoddisfatti avranno allora un ricorso contro il socio che ha ricevuta la sua porzione perchè la conferisca nella massa. Tale fu pure la decisione di Ulpiano (L. 63, D. *pro socio*). Ciò non avrebbe luogo nella semplice comunione. Ma nella società sono imposti dei doveri speciali: *quasi iniquum est*, dicono i Dottori, *ex eadem societate alium plus, alium minus consequi.*

Ciascuno dei soci è obbligato verso la società pei danni cagionati alla medesima per sua colpa, senza che possa compensarli cogli utili procacciati colla sua industria in altri affari (art. 1714). Quando uno dei soci ha procacciato degli utili alla società, non ha fatto che compiere un dovere di fraternità sociale; imperciocchè, come diceano bellamente i giureconsulti di Roma, la società *jus quodammodo fraternitatis in se habet.* Ora, l'adempimento di un dovere non può compensare l'inadempimento di altri doveri parimente sacri.

Un socio ha azione contro la società non solo per la restituzione dei capitali sborsati a conto di essa, ma altresì per le obbligazioni contratte di buona fede per gli affari sociali e pe'rischi inseparabili dalla sua amministrazione (art. 1716). Il socio che lavora per un interesse sociale, osserva acconciamente il Troplong, è un vero mandatario della società. Egli, come tale, deve essere indennizzato di tutto ciò che l'esecuzione buona e leale del mandato gli ha fatto perdere.

C) *Perdita delle cose conferite nella società.* — Le cose, il cui solo godimento è stato posto in società, se consistono in corpi certi e determinati, che non si consumano coll'uso, rimangono a rischio e pericolo del socio che ne è proprietario. Se queste cose si consumano coll'uso, se conservandole si deteriorano, se sono state destinate ad essere vendute, o se furono poste in società sopra stima risultante da un inventario, esse rimangono a rischio e pericolo della società. Se la cosa è stata stimata, il socio non può ripetere che l'importare della stima (art. 1715). In questo articolo son preve-

duti due casi: 1.° Il socio è rimasto proprietario della cosa di cui ha posto in comune il solo *godimento*; 2.° Il dominio della cosa è passato nella società. Se la cosa perisce, nel primo o nel secondo caso, chi deve sopportare le conseguenze della perdita? *Res perit domino.*

D) *Delle parti dei soci nei guadagni e nelle perdite.*— Gli art. 1717 a 1719 si versano intorno alle parti dei soci nei guadagni e nelle perdite. Allorchè queste parti non sono state stabilite nel contratto, la legge stessa s'incarica di regolarle. Quindi vi sono due ordini di partecipazione ai guadagni ed alle perdite; l'uno nascente dalla legge, l'altro dalla convenzione. Il Vinnio maestrevolmente determina il significato delle parole, *guadagno* e *perdita*, in tema di società: « Neque lucrum intelligitur, nisi omni damno deducto, neque damnum, nisi omni lucro deducto (L. 30, D, *pro socio*). Lucrum non particularim aestimatur, sed in summa summarum, hoc est, id demum pro lucro reputatur, quod deducto omni damno atque impensis, superest. Quemadmodum ex contrario, damnum non intelligitur, nisi deducto omni lucro. Itaque si inter duos inita sit negotiatio mancipiorum et boum, atque in illa damnum acceptum 100 aureorum, in hac lucrum factum 300, facta lucri et damni compensatione, reperietur superesse lucrum ducentorum, qui secundum legem societatis dividi debent (1). »

Se il contratto di società non determina la parte di ciascun socio nei guadagni o nelle perdite, tale parte è in proporzione di quanto ciascuno ha conferito pel fondo sociale. Riguardo a colui che non ha conferito che la propria industria, la sua parte nei guadagni o nelle perdite è regolata come la parte di colui che nella società ha conferito la somma o porzione minore (articolo 1717). Il Diritto moderno riproduceva la regola del Diritto antico, nel determinare il criterio generale circa la partecipazione, nei guadagni e nelle perdite, quando il contratto serba silenzio su questo punto. « In societatibus, si nihil fuerit dictum, aequalitas geometrica observari debet, tam respectu lucri, quam damni (2). » Ed è questo un criterio eminentemente razionale.

(1) V. Vinnio, *Institutionum*, Lib. III, tit. XXVI, § 2; Venetiis, 1754.

(2) V. Michalori, *Tractatus de fratribus*, Pars II, Cap. I, numero 17; Venetiis, 1736

La Commissione dei giuristi napoletani, che fu chiamata ad esaminare il progetto Miglietti, presentò delle osservazioni sulla disposizione relativa alla parte che deve avere nei guadagni o nelle perdite il socio il quale non ha conferito nella società che la propria industria.

« Simigliante determinazione (osservò la Commissione) non è che una idea di regresso innanzi all'antica sapienza italiana. Fin dai tempi di Ulpiano l'industria era riguardata come uno dei primari fattori della prosperità, ed a tal segno da reputarsi valida la convenzione di una società, in cui un dei soci « nullius partem damni sentiat, lucrum vero commune sit; plerumque enim tanta est industria socii ut plus societati conferat quam pecunia: item si solus naviget, si solus peregrinetur, pericula subeat solus. » (L. 29, § 1, D. *pro socio*). « Quae saepe quorundam ita pretiosa est opera in societate ut eos justum sit conditione meliore in societate admitti. » (Inst. *de societate*, § 2). Ora la nuova giureprudenza ha voluto i guadagni e le perdite proporzionare alla quantità della somma conferita pel fondo sociale: ha però di troppo spregiata l'industria, quando *per modum regulae* ha attribuito sia nei guadagni che nelle perdite a colui che ha conferito l'industria una parte non maggiore di quella che attribuisce a colui che ha conferito la somma o porzione minore. Se in alcune fiate questa norma può non essere iniqua, in altre lo è certamente; ed è dippiù avversa a quello spirito di civiltà che in tempi sì remoti onorava l'Italia, e che in tanto incremento della scienza economica, in un'êra nella quale grandiosi fuor misura sono i còmpiti dell'industria, non può dal legislatore essere rinnegata; il diritto è e debbe essere la rivelazione dello stato della società. » La Commissione notava, che in questa materia non poteva ammettersi una norma immutabile di ripartizione; e quindi proponeva la seguente disposizione: « Riguardo a colui che non ha conferito che la propria industria, la sua parte nei guadagni o nelle perdite, sarà regolata secondo le circostanze, ed in caso di controversia, a prudente arbitrio del Magistrato (1). »

Ma, nella redazione diffinitiva del Codice, questa proposta dei giuristi napoletani non fu accolta. Forse si pensò al

(1) V. le *Osservazioni* della detta Commissione, Parte III, pagina 36 e 37; Torino, 1864.

dettato Baconiano, essere migliore quella legge che *minimum relinquit arbitrio judicis*. Forse si considerò ancora, che quando realmente l'industria di un socio torna di gran giovamento alla società, la convenzione non serba quel silenzio che, solo, dà occasione ad applicare il disposto della legge (1).

Se i soci hanno convenuto di rimettersi al giudizio di uno di essi, o di un terzo per determinare le porzioni, la determinazione che sarà data, non può impugnarsi che nel caso in cui sia evidentemente contraria all'equità. Non è ammesso alcun reclamo a questo riguardo, quando sono decorsi più di tre mesi dal giorno in cui il socio, che si pretende leso, ha avuto notizia della determinazione, o quando dal suo canto ha cominciato ad eseguirla (art. 1718). La società *jus quodammodo fraternitatis in se habet*. Un socio od un terzo, chiamato dalla comune fiducia a determinare le porzioni, non può violare questa regola. E se egli la viola, con una determinazione evidentemente contraria all'equità (2), è aperto l'àdito ai reclami innanzi all'autorità giudiziaria. La legge, con savio consiglio, concede un termine brevissimo entro il quale si possono sperimentare questi reclami; essa presume che, quando non si è subito reclamato, si è tacitamente consentito al fatto compiuto da una persona scelta di accordo.

È nulla la convenzione che attribuisce ad uno dei soci la totalità dei guadagni. Parimente è nulla la convenzione, per cui i capitali o effetti posti in società da uno o da più soci si dichiarassero esenti da qualunque contributo nelle perdite (art. 1719). « Aristo refert Cassium respondisse, societatem talem coiri non posse, ut alter lucrum tantum, alter

---

(1) Il Boutteville, nel Rapporto al Tribunato, dichiarava che la determinazione stabilita dalla legge fondavasi sulla impossibilità di far ricorso ad altri criteri, nel silenzio dei contraenti. Col sistema del Codice « l'industrie est bien avertie de s'apprécier elle-même, et de faire fixer sa part ou son traitement. » Il Duvergier, nel riferire le ragioni addotte dal Boutteville a conforto del sistema accolto dalla legge, si esprime in tal guisa: « On ne peut s'empêcher d'en reconnaître la force, quelque favorable, d'ailleurs, qu'on soit aux apports industriels. » (V. Duvergier, *Du contrat de société*, num. 227).

(2) Non è necessario, perchè la determinazione del socio o del terzo venga considerata come contraria all'equità, che presenti una lesione oltre la metà. V. Aubry e Rau su Zachariae, Vol. II, § 381.

damnum sentiret; et hanc societatem *leoninam* solitum appellare. Et nos consentimus: talem societatem nullam esse, ut alter lucrum sentiret, alter vero nullum lucrum, sed damnum sentiret. Iniquissimum enim genus societatis est ex qua quis damnum non etiam lucrum spectet. » Così Ulpiano (L. 29, § 2, D. *pro socio*). Il Gotofredo nota su questo frammento: « Nam leo (ut est in apologo) communem ex venatione praedam sic dividebat cum vulpe, ut sibi ferme totam retineret, vulpi vix minimam concedens partem. »

E) *Amministrazione degli affari sociali.* — Gli art. 1720 a 1724 si versano intorno all'amministrazione degli affari sociali. La legge contempla tre ipotesi: 1.° Un mandato espresso ha conferito l'amministrazione ad uno solo fra i soci; 2.° Un mandato espresso ha conferito l'amministrazione a più soci; 3.° Non vi esiste mandato.

Prima ipotesi. — Il socio incaricato dell'amministrazione in forza di un patto speciale del contratto di società può fare, non ostante l'opposizione degli altri soci, tutti gli atti che dipendono dalla sua amministrazione, purchè ciò segua senza frode. Questa facoltà non può essere rivocata durante la società senza una causa legittima; ma se è stata accordata con un atto posteriore al contratto di società, è rivocabile come un semplice mandato (art. 1720).

Seconda ipotesi. — Se più soci sono incaricati di amministrare, senza che siano determinate le loro funzioni *(non divisis officiis)*, o sia stato espresso che l'uno non possa agire senza l'altro, ciascuno di essi può fare separatamente tutti gli atti di tale amministrazione (art. 1721). Se fu pattuito che uno degli amministratori non possa fare cosa alcuna senza l'altro, uno solo non può, senza una nuova convenzione agire in assenza dell'altro, quantunque questi fosse nell'attuale impossibilità di concorrere agli atti dell'amministrazione, salvo che si trattasse di un atto di urgenza, dall'ommissione del quale potesse derivare un grave ed irreparabile danno alla società (art. 1722).

Terza ipotesi. — In mancanza di patti speciali sul modo di amministrare si osservano le seguenti regole: 1.° Si presume che i soci siensi data reciprocamente la facoltà di amministrare l'uno per l'altro. L'operato di ciascuno è valido anche per la parte de' consoci, ancorchè non abbia riportato il loro consenso, salvo a questi ultimi o ad uno di essi il

diritto di opporsi all' operazione, prima che sia conclusa; 2.° Ciascun socio può servirsi delle cose appartenenti alla società, purchè le impieghi secondo la loro destinazione fissata dall' uso, e non se ne serva contro l' interesse della società, o in modo che impedisca ai suoi soci di servirsene secondo il loro diritto; 3.° Ciascun socio ha diritto di obbligare i consoci a contribuire con esso alle spese necessarie per la conservazione delle cose della società; 4.° Uno dei soci non può fare innovazioni sopra gli immobili dipendenti dalla società, ancorchè le reputi vantaggiose ad essa, se gli altri soci non vi acconsentono (art. 1723). Il socio che non è amministratore, non può nè alienare, nè obbligare le cose benchè mobili, le quali dipendono dalla società (art. 1724).

F) *Della regola, che il socio di uno dei soci non ha diritto di essere ammesso nella società.* — Ciascuno dei soci ha facoltà di associarsi, senza il consenso degli altri, una terza persona relativamente alla porzione che egli ha nella società; ma non può senza tale consenso ammetterla nella società, ancorchè ne avesse l'amministrazione (art. 1725). Richiamiamo in proposito l'insegnamento del Duareno: « Societas est ex numero eorum contractuum qui consensu perficiuntur. Ex quo multa colliguntur. In primis socii mei socium, meum socium non esse. Nam nullus consensus mutuus intervenit inter me et eum (1). » La scelta delle persone è dell' essenza del contratto di società; il quale, ripetiamo un'altra volta la bella sentenza dei giureconsulti romani, *jus quodammodo fraternitatis in se habet.* Quando un socio si associa un'altra persona relativamente alla sua porzione, si opera fra di essi una società diversa dalla prima, e limitata a questa porzione: *nam socii mei socius, meus socius non est.* Perchè diventi mio socio è necessario il mio consenso, che presterò sol quando mi sono assicurato ch'egli non è indegno di entrare nel fraterno consorzio.

2.° *Delle obbligazioni dei soci verso i terzi.*—I soci voglionsi considerare, in quanto alle loro obbligazioni verso i terzi, come se non vi fosse tra essi nessun legame di società. La qualità di soci non si può opporre ai terzi; non può opporsi da costoro. Da tale principio rampollano, come altret-

(1) V. Duareno, *Comm. ad tit. Pandectarum* pro socio, Cap. I; Aureliae Allobrogum, 1608.

tanti corollarî, le disposizioni racchiuse negli articoli 1720 a 1728.

Nelle società, escluse quelle di commercio, i soci non sono obbligati in solido pei debiti sociali, nè uno dei soci può obbligare gli altri, se questi non gliene hanno data la facoltà (art. 1726). A prima fronte si ravvisa una contraddizione fra l'articolo 1726, il quale stabilisce che uno dei soci non può obbligare gli altri, *se questi non gliene hanno data facoltà;* e l'articolo 1723, num. 1.°, il quale dispone che l'operato di ciascuno dei soci è valido anche per la parte dei consoci, *ancorchè non abbia riportato il loro consenso,* salvo a questi ultimi o ad uno di essi il diritto di opporsi all' operazione, prima che sia conclusa. Ma la contraddizione è solo apparente; essa è dileguata con una semplice distinzione. I due articoli debbono essere intesi in questo senso: che uno dei soci può impegnare in una cattiva operazione la porzione dei consoci, quando costoro non hanno fatto opposizione, imperciocchè è facile in tal caso ai consoci di conoscere la estensione della loro perdita. Ma uno dei soci non può, mediante un'obbligazione che contrasse coi terzi, ligare i consoci, imperciocchè costoro, non avendo conferita nessuna facoltà, non debbono trovarsi obbligati a loro insaputa (1).

I soci sono obbligati verso il creditore con cui hanno contrattato, ciascuno per una somma e parte eguale, ancorchè uno di essi abbia in società una porzione minore, se il contratto non ha specialmente ristretta l'obbligazione di questo in ragione della sua porzione (art. 1727). La stipulazione esprimente che l'obbligazione fu contratta per conto sociale, obbliga soltanto il socio che ha contrattato e non gli altri, eccetto che questi gliene abbiano dato la facoltà, o che la cosa sia stata rivolta in vantaggio della società (art. 1728). Sulle parole terminative dell'art. 1728 vuolsi osservare, che quando i terzi si rivolgono contro gli altri soci per la *versio in rem,* essi non hanno azione contro costoro se non in proporzione della quota che ciascun socio ha conferita nella società. Ciò risulta dalla stessa natura dell'azione *de in rem verso.* Tale azione si fonda sul principio di giustizia e di morale, che nessuno deve farsi più ricco col danno altrui. I soci che non

(1) V. Boileux, *Comm. sur le Code civil,* sull'art. 1862 del Codice francese.

han figurato nel contratto, non debbono rispondere di una somma superiore ai guadagni che han ritratti dalla convenzione. Nella ipotesi che abbiamo preveduta, ciascun socio non si arricchisce realmente se non in proporzione della sua parte nella società (1).

III.

Delle diverse maniere con cui finisce la società.

Il Codice enuncia cinque modi con cui finisce la società.

1.° La società finisce per lo spirare del tempo per cui fu contratta (art. 1729). La società finisce in tal caso di pieno diritto; imperciocchè, come dice lo Stracca, *dispositio facta pro certo tempore ultra illud non extenditur.*

La prorogazione di una società contratta a tempo determinato non può essere provata, che con quei mezzi coi quali si può provare il contratto di società (art. 1730). In altre parole, la prorogazione convenzionale di una società contratta a tempo determinato, non può provarsi se non coi mezzi con cui sarebbe stato permesso di stabilire la esistenza della società. La legge non pretende, che la convenzione di proroga sia distesa nella forma stessa del contratto primigenio. Ad esempio, trattandosi di una società che ha per oggetto il godimento di beni mobili, la prorogazione della medesima può provarsi anche con testimoni, quando ne sia il caso, sebbene il primitivo contratto risulti da atto pubblico o da scrittura privata.

2.° La società finisce per l'estinzione della cosa o pel compimento dell'affare (art. 1729). Se uno dei soci ha promesso di mettere in comunione la proprietà d'una cosa e questa perisce prima che sia stata realmente conferita, la società rimane sciolta riguardo a tutti i soci. Parimente rimane sciolta in qualunque caso per la perdita della cosa, quando il solo godimento fu posto in comunione e la proprietà è rimasta presso del socio. Ma non rimane sciolta per la perdita della cosa la cui proprietà fu già conferita nella società (art. 1731).

L'art. 1731 del nostro Codice risponde all'art. 1867 del

(1) V. Aubry e Rau su Zachariae, Vol. II, § 383.

Codice francese, il quale, al dire del Troplong, è tenuto per uno dei più oscuri del titolo *Della società*. Le dubbiezze son nate dalle espressioni che si leggono nella prima parte dell'articolo, *prima che la cosa sia stata realmente conferita* (e, come dice il Codice Napoleone, *avant que la mise en soit effectuée*). Il legislatore ha forse voluto derogare al principio generale della trasmissione della proprietà pel solo effetto della convenzione? Di primo acchito, sembra che alle espressioni sopra notate non si possa dare altra spiegazione. Ma, *re melius perpensa,* non possono le medesime trovare un significato che salvi il legislatore da contraddizione, che mantenga saldo ed inconcusso il principio proclamato altamente dal Codice stesso?

Gli annotatori dello Zachariae, l'Aubry ed il Rau, ritengono che le parole dianzi ricordate siansi adoperate come equivalenti alle espressioni, *prima che la proprietà ne sia stata conferita.* Dai lavori preparatorî del Codice Napoleone risulta a chiare note, che col dettato, *avant que la mise en soit effectuée,* si vollero semplicemente indicare le conseguenze che trae seco, relativamente allo scioglimento della società, la regola *res perit domino;* e non già fissare il tempo in cui la comproprietà della cosa che costituisce il conferimento (*mise*) di uno dei soci volevasi considerare come acquistata dagli altri soci.

Giusta questa interpretazione, il primo capoverso dell'art. 1731 non vuolsi applicare fuorchè nelle ipotesi in cui, per eccezione, la comproprietà non viene trasmessa pel solo effetto del contratto. Il che si verifica, ad esempio:

A) Allorchè uno dei soci ha promesso di mettere in comunione una cosa di cui non è ancora proprietario, e questa cosa perisca prima che questo socio ne abbia acquistata la proprietà;

B) Allorchè la condizione, sotto la quale uno dei soci ha promesso di conferire la cosa nella società, non si avvera che posteriormente alla perdita della cosa medesima.

Noi non esitiamo ad accettare la dottrina sopra enunciata; la quale, sola, dà ragione delle parole adoperate dal legislatore, e lo mostra immeritevole della brutta nota di contraddizione.

3.° La società finisce per la morte di alcuno de' soci (articolo 1729). Si può stipulare che in caso di morte di uno

dei soci, la società debba continuare col suo erede, ovvero che debba soltanto continuare fra i soci superstiti. Nel secondo caso l'erede del defunto non ha diritto che alla divisione della società, avuto riguardo allo stato in cui essa si trova al tempo della morte del socio, e non partecipa alle ulteriori ragioni se non in quanto sono una conseguenza necessaria delle operazioni fatte prima della morte del socio a cui succede (art. 1732).

Anche per Diritto romano la morte di alcuno dei soci era una causa per cui finiva la società: *quia, qui societatem contrahit, certam personam sibi eligit* (Inst. § 5, *de societate*). E poichè abbiamo ricordato il Diritto romano, vogliamo osservare che, giusta il medesimo, era lecito di convenire *ab initio*, che, morto un socio, la società dovesse continuare con i *soci superstiti;* ma non potevasi convenire *ab initio* che la società dovesse continuare con gli *eredi* del socio defunto: *nec ab initio pacisci possumus ut heres etiam succedat societati*. Così Pomponio (L. 59, pr. D. *pro socio*). Unica eccezione facevasi a questo riguardo per le società che stringevansi per lo appalto delle imposte, *societates vectigalium* (1).

4.° La società finisce per l'interdizione, per la non solvenza o pel fallimento di alcuno dei soci (art. 1729) (2).

Dicesi *non solvenza* lo stato del debitore non commerciante di cui l'attivo è superato dal passivo, e che si trova nella impossibilità di soddisfare i suoi creditori. I Francesi chiamano questo stato *déconfiture,* dal verbo latino *decoquere,* e dal suo participio *decoctus*. Secondo Cicerone, la parola *decoquere* vuol dire avere debiti maggiori dei beni.

Il *fallimento* è lo stato di un commerciante il quale ha cessato di fare i suoi pagamenti, o per causa di insolvibilità reale o per causa di turbamento nei suoi affari. Qualunque sia l'attivo di un commerciante, superi pure dieci volte il passivo, dal momento che ha cessato di pagare, è fallito. Al-

(1) Questa teoria del Diritto romano è svolta maestrevolmente e chiarissimamente dal Cuiacio, *Observationum,* Lib. X, cap. 25; Neapoli, 1758.

(2) « Dissolvitur societas per decoctionem socii, et publicationem bonorum. » Ruota Romana; decisione dei 14 giugno 1623; V. *Sacrae Rotae Romanae Decisionum recentiorum*, Pars IV, Vol. II, num. 487; Venetiis, 1716.

l' opposto, se il commerciante, quantunque insolvibile, continua a far onore alle assunte obbligazioni, e ciò per mezzo di un credito sempre sostenuto, egli non è punto in istato di fallimento (1).

5.° La società finisce per la volontà espressa da uno o più soci di non voler continuare la società (art. 1729). « Voluntate distrahitur societas, renuntiatione, » dice Ulpiano (L. 63, § 10, D. *pro socio*). E l' imp. Giustiniano: « Manet societas donec in eodem consensu perseveraverint. At cum aliquis renunciaverit societati, solvitur societas. » (Inst. § 4, *de societate*).

Lo scioglimento della società per volontà di una delle parti ha luogo soltanto in quelle società la cui durata è senza limite, e si effettua mediante una rinunzia notificata a tutti i soci, purchè tale rinunzia sia fatta in buona fede e non fuori di tempo (art. 1733). La rinunzia non è di buona fede, quando il socio rinunzia per appropriarsi egli solo il guadagno che i soci si erano proposto di ottenere in comune. Essa è fatta fuori di tempo, quando le cose non sono più nella loro integrità, e l'interesse della società esige che ne venga differito lo scioglimento (art. 1734).

Un frammento del giureconsulto Paolo chiarisce luminosamente questa teoria del Codice: « Diximus, dissensu socii solvi societatem. Quid ergo, si unus renunciet? Cassius scripsit, eum, qui renunciaverit societati, a se quidem liberare socios suos, se autem ab illis non liberare. Quod utique observandum est, si dolo malo renunciatio facta sit: veluti si, cum omnium bonorum societatem inissemus, deinde cum obvenisset uni hereditas, propter hoc renunciavit. Labeo autem Posteriorum libris scripsit, si renunciaverit societati unus ex sociis eo tempore, quo interfuit socii non dirimi societatem, committere eum in pro socio actione; nam si emimus mancipia, inita societate, deinde renuncies mihi eo tempore, quo vendere mancipia non expedit, hoc casu, quia deteriorem causam meam facis, teneri te pro socio judicio. » (L. 65, §§ 3 e 5, D. *pro socio*). Da questo frammento gli interpreti del Diritto romano ricavarono la regola generale, che « renunciatio ita demum valet, si non dolo, et non intempestive

---

(1) V. Breynat, *De la déconfiture;* nella *Revue de législation*, anno 1846.

fiat (1). » E questo concetto si trova espresso colla massima chiarezza nelle disposizioni del Codice dianzi richiamate.

Lo scioglimento della società contratta a tempo determinato non può domandarsi da uno dei soci prima che sia spirato il termine stabilito, se non quando vi fossero giusti motivi, come nel caso che uno dei soci mancasse ai suoi impegni, o che una malattia abituale lo rendesse inabile agli affari sociali, o in altri casi consimili. L'apprezzamento di tali motivi è lasciato alla prudenza dell'autorità giudiziaria (art. 1735).

Dopo lo scioglimento della società, ciascun socio ha il diritto di domandare la divisione del capitale sociale, derivante sia dai versamenti dei soci, sia da acquisti e benefizi comuni. Giusta l'art. 1736, sono applicabili alle divisioni tra i soci le regole concernenti la divisione dell'eredità, la forma di tale divisione e le obbligazioni che ne risultano fra i coeredi.

156. Del mandato.

Bibliografia. — 1.° Meier, *De jure ratihabitionis* (Lipsiae, 1724); — 2.° Graafland, *Dissertatio de mandato* (Traj. ad Rhenum, 1829);— 3.° Troplong, *Du mandat* (Paris, 1853); — 4.° Chenal, *Du mandat* (Paris, 1858);—5.° Guyot, *Du mandat* (Paris, 1859);—6.° Domenget, *Du mandat* (Paris, 1862);—7.° Jozon, *Du mandat* (Caen, 1866);— 8.° Lomonaco, *Brevi osservazioni sull'articolo 1751 del Codice civile italiano* (nella *Gazzetta del procuratore*, Vol. V, num. 22; 16 luglio 1870);—9.° Adam, *Rapports du mandant et du mandataire avec les tiers* (Paris, 1874);—10.° Jacobo, *Du mandat* (Paris, 1875);— 11.° Plessis, *Du mandat et de la gestion d'affaires* (Paris, 1876);— 12.° Jonesco, *Du mandat* (Paris, 1878);— 13.° Virgilio, *Del bisogno che ha la moglie dell'autorizzazione del marito per accettare mandato* (nel *Monitore delle leggi*, anno 1885, pag. 26 e seg.);—14.° Cogliolo, *Trattato teorico e pratico della amministrazione degli affari altrui* (Firenze, 1890);—15.° Tartufari (L.), *Della rappresentanza nella conclusione dei contratti* (nell'*Archivio giuridico*, Vol. XLIV e XLV, anno 1890);—16.° Cosi, *Trattato del mandato civile e commerciale* (Napoli, 1893);—17.° Guillouard, *Du mandat* (Paris, 1893);—

(1) V. Corvino, *Summarium jurisprudentiae romanae*, Lib. IV, tit. XXXVII; Amst. 1755.

18.° Bolaffio, *Fallimento e mandato, note critiche* (nella *Giurisprudenza italiana*, anno 1894, parte IV, pag. 121 e seg.);—19.° Semmola, *L'estinzione del mandato per il fallimento del mandante o del mandatario* (nel *Foro italiano*, anno 1894, parte I, pag. 832 e seg.).

Il Diritto moderno ha tratto dal Diritto romano la maggior parte delle regole che governano questo contratto. E la stessa denominazione del contratto ci viene dai Romani. *Mandatum,* cioè *manu datum;* imperciocchè, nello stipularsi questa convenzione, giusta il sistema del primitivo Diritto romano, faceasi ricorso alla forma materiale di stringere la mano, siccome la più viva manifestazione di aver dato ed accettato l'incarico. Cicerone *(pro Roscio Amerino)* con queste parole assegnava il fondamento razionale del mandato: « Quibus in rebus ipsi interesse non possumus, in his, operae nostrae vicaria, fides amicorum componitur. Idcirco amicitiae comparantur, ut commune commodum mutuis officiis gubernetur. » È questo, adunque, uno di quei contratti nei quali domina sovrana la fiducia vicendevole dei contraenti.

I.

Della natura del mandato.

1) L'art. 1737 racchiude la definizione del mandato: « Il mandato è un contratto, in forza del quale una persona si obbliga gratuitamente o mediante un compenso a compiere un affare per conto di un'altra persona da cui ne ha avuto l'incarico. » Tale definizione non può tacciarsi di quella inesattezza che fu notata nella definizione contenuta nell'articolo 1984 del Codice francese, la quale si chiude col dire, che il mandatario si obbliga « de faire quelque chose pour le mandant *et en son nom.* » Vi sono molti casi nei quali il mandatario non agisce *in nome* del mandante, sebbene agisca *per conto di lui.* Ecco un esempio addotto in proposito dal Mourlon. Io so che volete vendere la vostra casa, ed ho vivissimo desiderio di acquistarla; ma voi siete mio nemico, e se mi presentassi personalmente, ricusereste di contrattare con me, ovvero, acconsentendovi, lo fareste proponendo tali

condizioni da rendere impossibile qualunque accordo. Allora, incarico un amico di acquistare per me la casa, presentandosi sotto il suo nome, come se agisse per sè medesimo (1). I risultamenti sono diversi, secondo che il mandatario agisce in nome del mandante o in suo proprio nome. Se egli parla in nome del mandante, non è che l'immagine, lo strumento di quest' ultimo. Tutto ciò che il mandatario dice, opera o sottoscrive nell'orbita dei suoi poteri si considera come detto, operato o sottoscritto dal mandante. In *fatto* i terzi trattano col mandatario; in *diritto,* essi contrattano col mandante. Una volta che il contratto è conchiuso, il mandatario si dilegua. Tutti gli effetti legali del contratto si recano in essere, attivamente e passivamente, nella persona del mandante, come se avesse contrattato egli stesso. Ma se il mandatario parla in suo nome, tutti gli effetti legali del contratto si recano in essere, attivamente e passivamente, nella sua persona. I terzi conoscono lui solo; nessuna relazione di debito o di credito si stabilisce tra essi e il mandante, che non conoscono. I terzi hanno per loro debitore e per loro creditore il mandatario, e non già il mandante. Nondimeno, il mandante essendo obbligato a tenere indenne il mandatario dei debiti contratti, e dovendo quest' ultimo cedere a lui i diritti che ha acquistati, i terzi, creditori del mandatario, possono, in virtù dell'art. 1234, esercitare l'azione che gli compete contro il mandante; e, reciprocamente, costui, creditore del suo mandatario, può, in virtù dello stesso articolo, esercitare l'azione che compete al mandatario contro i terzi che hanno trattato con lui.

E qui dobbiamo osservare, che il vigente Codice di commercio, negli articoli 349 e 380, distingue il *mandato* dalla *commissione*. È detto nell'art. 349, che « il mandato commerciale ha per oggetto la trattazione di affari commerciali per conto e in nome del mandante. » È detto nell'art. 380, che « la commissione ha per oggetto la trattazione di affari commerciali per conto del committente a nome del commissionario. Tra committente e commissionario esistono gli stessi diritti e doveri come tra mandante e mandatario, colle modificazioni indicate negli articoli seguenti. » A differenza del

(1) V. Mourlon, *Répétitions écrites,* sull' articolo 1984 del Codice francese.

Codice precedente, il quale riconosceva due specie di commissionari, cioè commissionari che agiscono in nome proprio, ma per conto altrui (art. 68), e commissionari che agiscono in nome e per conto del committente (art. 71), il nuovo Codice, avendo compresi nella denominazione di *mandatari* tutti quelli che agiscono in nome e per conto altrui, riserba la denominazione di *commissionari* soltanto a quelli che trattano affari, per conto altrui sì, ma in nome proprio. La qual cosa serve assai meglio alla precisione, alla chiarezza ed alla più sicura intelligenza del tema (1). In rapporto al capoverso dell'art. 380, dianzi riferito, giova notare che sebbene, rimpetto ai terzi, il commissionario si obbliga personalmente, egli tuttavia, rimpetto al suo committente, è un vero e proprio mandatario; epperò tutte le discipline relative ai mandatari di commercio sono applicabili anche ai commissionari; con parecchie modificazioni peraltro, volute dall'indole speciale di essi e dal modo con cui il mandato loro si esplica (2).

2) Il mandato può darsi sia nell'interesse esclusivo del mandante, ed è questo il caso ordinario; sia nell'interesse del mandante e di un terzo; sia ancora nell'interesse del mandante e del mandatario, quando, al dire di Cuiacio, *meo negotio tuum aliquatenus admixtum fuerit* (Ad L. 22, § 2, D. *mandati*). Il mandato conferito esclusivamente nell'interesse di un terzo sarebbe inefficace; imperciocchè il mandante, giusta i principî generali di diritto, non potrebbe reclamarne l'esecuzione. Dice Ulpiano: « Mandati actio tunc competit, cum coepit interesse ejus, qui mandavit; caeterum, si nihil interest, cessat mandati actio: ut eatenus competit, quatenus interest. » (L. 8, § 6, D. *mandati*). Similmente, il mandato conferito nell'interesse esclusivo del mandatario non avrebbe alcun valore. « Si tua tantum gratia mandatum sit, supervacuum est; et ob id nulla obligatio nec mandati inter nos actio nascitur. » (Inst. princ. *de mandato*). Ad esempio, se dico ad un amico: invece di dare a mutuo il vostro danaro, impiegatelo in acquisto di immobili, *ut pecunias tuas in emptiones potius praediorum colloces, quam foeneres,* non

(1) V. Relazione della Commissione della Camera elettiva, num. XLVIII.

(2) V. Vidari, *Il nuovo Codice di commercio compendiosamente illustrato coi motivi di esso*, Vol. I, sull'art. 380, num. 2; Milano, 1883

avrò dato un mandato, ma un semplice consiglio: *magis est consilium quam mandatum* (Inst. § 6, *ibidem*).

Si deve distinguere il *mandato* dalla semplice *raccomandazione*. Il mandato è fonte di obbligazioni; nessuna obbligazione deriva dalla raccomandazione, *verba commendatoria non obligant,* dice Bartolo. Un amico parte per Marsiglia, dove ha sede un mio corrispondente; egli mi domanda una lettera di raccomandazione, e trovando giusto il suo desiderio, lo appago. Sarò forse risponsabile delle obbligazioni da lui contratte in Marsiglia col mio corrispondente? In nessun modo. « Si mittens dicat recipienti: *Dabitis plenam fidem latori,* vel dicat: *Quod est fidelis persona, de qua poteris confidere;* mittens nullo modo tenebitur, quia tales literae sunt commendatoriae et approbationis personae (1). » Ma una cosa è la semplice raccomandazione, ed altra cosa è il mandato perchè si faccia o si procuri credito ad un terzo. « Colui per la cui commessione o esortazione alcuno presta ad altrui danaro, derrate o mercanzie, è il *mandator pecuniae credendae,* del quale assai leggi ragionano, e il rendono, non altramente che un fidejussore, soggetto all'azione *mandati* per parte del prestatore, da cui fu tal commessione eseguita (2). » Ciò che i Romani chiamavano *mandatum pecuniae credendae,* oggi dicesi *mandato qualificato.* Quanto alle conseguenze, il *mandator* non differiva, come non differisce ai dì nostri, dal *fidejussor:* uguali le obbligazioni, uguali i benefizi (L. 23, Cod. *de fidejuss. et mand.;* L. ult. Cod. *de const. pecunia;* Nov. IV, Cap. I). V'ha però differenza quanto all'indole e quanto al tempo in cui l'obbligazione prende vita. Il *mandator* si obbliga *suo nomine* (L. 28, D. *mandati*). Il *fidejussor* si obbliga *nomine alieno* (L. 1, § 8, D. *de oblig. et act.*). Il *mandator,* appunto perchè fa mandato *ut contrahatur,* si obbliga sempre in antecedenza; mentre il fidejussore può intervenire avanti, contemporaneamente e dopo la obbligazione del debitore principale (Inst. § 3, *de fidejussoribus*). Il *fidejussor* dal momento che interviene contrae un'obbligazione irrevocabile; il *mandator* può sempre rivocare il mandato finchè il mandatario

---

(1) V. Gomez, *Variarum resolutionum*, Lib. II, Cap. XII, num. 5; Coloniae Allobrogum, 1631.

(2) Corte di appello di Potenza; sentenza dei 27 gennaio 1868; negli *Annali della giurisprudenza italiana,* anno 1868, parte II, pag. 147.

non l' abbia eseguito (L. 12, § 16, D. *mandati*). *Extinctum est mandatum, finita voluntate,* dice Ulpiano sulle orme di Marcello (1).

3) Il mandato può essere espresso o tacito (art. 1738). *Qui enim non prohibet pro se intervenire, creditur mandare* (2). Vuolsi osservare, che non si deve confondere il *mandato tacito* colla semplice *gestione di affari,* governata dagli articoli 1141 a 1144 del Codice, riconosciuta dal Diritto romano e dal moderno come fonte di obbligazioni, « ne absentium, qui subita festinatione coacti, nulli demandata negotiorum suorum administratione, peregre profecti essent, desererentur negotia, quae sane nemo curaturus esset, si de eo, quod quis impendisset, nullam habiturus esset actionem. » (Inst. § 1, *de oblig. quasi ex contractu*). In tema di *mandato tacito,* l'affare si inizia e si compie colla conoscenza dell'interessato; invece, nella *negotiorum gestio*, l'affare s'inizia ad insaputa dell' interessato. Poco importa, che questi più tardi venga a conoscere la gestione che altri ha impresa dei suoi affari: tal gestione non si converte per questo in mandato, imperciocchè *initium est inspiciendum* (3). È di molto interesse pratico la distinzione tra il mandato e la gestione di affari. In primo luogo, il mandatario, poichè agisce col consenso espresso o tacito del mandante, non può essere censurato da costui, per avere impreso un affare non necessario o poco utile; invece il *negotiorum gestor,* prima d'imprendere la gestione, deve esaminare se l'affare è necessario od utile, imperciocchè solo in questi casi gli compete azione contro l'interessato. In secondo luogo, il *negotiorum gestor* allora soltanto può ripetere dall' interessato le spese che ha fatte, quando ne dimostri la necessità o l'utilità; invece, a tale dimostrazione non è tenuto il mandatario, il quale, nell' erogare le spese, ha seguìto le norme prescrittegli o consentite dal mandante. Da ultimo, se quegli che volontariamente si assume un affare altrui deve soggiacere a tutte le obbligazioni che risulterebbero da un mandato avuto dall'interessato

(1) V. le osservazioni degli annotatori degli *Annali* in calce alla sentenza dianzi richiamata.

(2) V. Perezio, *In Codicem,* Lib. IV, tit. XXXV, num. 2; Amstelaedami, 1761.

(3) V. Troplong, *Du mandat,* num. 70.

(art. 1141); l'interessato non è tenuto a *tutte* le obbligazioni cui, per legge, è sottoposto il mandante. Donde promana, che il *negotiorum gestor* non ha azione solidale contro i diversi interessati dei quali ha amministrato l'affare comune, azione solidale che compete al mandatario, in forza dell' art. 1756.

In tema di mandato, anche l'accettazione può essere tacita, e risultare dall'esecuzione che vi ha dato il mandatario (cap. dell'art. 1738). E, veramente, non sarebbe possibile avere una prova più sicura dell'accettazione del mandato, di quella che risulta dalla esecuzione del medesimo. Dichiarando il Codice, che l'accettazione del mandato può risultare dalla esecuzione datavi dal mandatario, ha forse voluto affermare il concetto, che soltanto dal *fatto della esecuzione* può risultare l' accettazione tacita del mandato? Il Ricci, e a buon diritto, risponde negativamente. Il legislatore non dice, che la tacita accettazione del mandato può risultare soltanto dalla esecuzione datavi dal mandatario, ma si limita a dire che questa esecuzione da parte del mandatario dimostra l' accettazione del conferito mandato. Ora ciò non esclude che la stessa prova possa risultare da altri fatti. Dunque, se altri fatti esistano, dai quali la tacita accettazione del mandato possa legittimamente dedursi, non v' ha ragione per non attribuire ai medesimi efficacia di obbligare il mandatario (1).

4) Nel sistema del Diritto romano, il mandato era gratuito per *essenza*. « Mandatum nisi gratuitum nullum est; nam originem ex officio atque amicitia trahit. » (L. 1, § 4, D. *mandati*). Ben è vero che era consentita *ex postfacto* la promessa di un compenso; esso però non potevasi chiedere con l'azione *mandati,* ma con una *persecutio,* e mediante una *extraordinaria cognitio*. Nel sistema del Codice il mandato è gratuito per *natura* soltanto. Un onorario può stipularsi *ab initio* o promettersi *ex postfacto;* esso non fa degenerare il mandato in locazione di opere. Come notava in proposito la Corte di appello di Roma: « Ciò che materialmente distingue la locazione di opera dal mandato è appunto la stipulazione del prezzo o mercede, che è assolutamente necessario, essendo l'adeguata mercede uno degli essenziali elementi del contratto nella locazione, quando al contrario il mandato è di sua natura gratuito. Che se in questo contratto un com-

(1) V. Ricci, *Corso teorico pratico di diritto civile,* Vol. IX, num. 68.

penso abbia luogo, è considerato non già come prezzo, ma quale onorario o rimunerazione, che non è neppure d'ordinario l'equivalente dell'opera impiegata dal mandatario per compiere l'affare commessogli (1). » Ancora: la promessa di un compenso può aver luogo non solo espressamente, ma eziandio tacitamente; così, deve intendersi promesso tacitamente un compenso nel mandato che si conferisce al procuratore *ad lites*. Decideva la Corte di Cassazione di Torino, che, anche senza una convenzione espressa, può la gratuità del mandato essere esclusa da circostanze non conciliabili con essa, ed anche da presunzioni derivanti dalla importanza, moltiplicità e durata degli incarichi, dalla gravità del disturbo causato, dalla condizione povera del mandatario e da quella agiata del mandante (2).

5) Il mandato è speciale per un affare o per certi affari solamente, ovvero è generale per tutti gli affari del mandante (art. 1740). I Dottori distinguevano due specie di mandato generale: 1.° Mandato generale *simpliciter;* 2.° Mandato generale *cum libera (administratione).* Il primo non conferiva al mandatario altro potere che quello di fare gli atti di semplice amministrazione; in forza del secondo, il mandatario era autorizzato anche ad alienare a titolo oneroso. Tale distinzione non ebbe il suffragio di Arnoldo Vinnio: « Verum mihi haec distinctio suspecta semper visa est. (3). » Il nostro Codice ha fatto buon viso alla sentenza di Vinnio, statuendo nell'articolo 1741: « Il mandato concepito in termini generali non comprende che gli atti di amministrazione. Quando si tratti di alienare, ipotecare, o fare altri atti che eccedono la ordinaria amministrazione, il mandato debb'essere espres-

(1) Corte di appello di Roma; sentenza dei 2 maggio 1895; nella *Legge,* anno XXXV, Vol. I, pag. 806.

(2) Corte di Cassazione di Torino; sentenza dei 24 febbraio 1893; nella *Giurisprudenza italiana,* anno 1893, parte I, pag. 428.

(3) V. Vinnio, *Quaestiones selectae,* Lib. I, cap. IX; Lugduni, 1747. — Ricordiamo pure in proposito due decisioni della Ruota Romana: 1.° « Mandatum speciale requiritur ad effectum, ut quis possit in translatione dominii alteri praejudicare. » (Decis. dei 6 febbraio 1612; *Rotae Romanae Decisiones,* Pars III, num. 408); 2.° « In generali mandato non venit facultas vendendi et distrahendi, sed specialis requiritur mentio » (Decis. dei 13 maggio 1630; Pars V, Vol. I, num. 374).

so. » E qui giova avvertire col Supremo Collegio di Roma, che un mandato generale comprensivo dei soli atti di amministrazione, ancorchè includa la facoltà di transigere, non può estendersi ad atti che eccedono l'ordinaria amministrazione, com'è la vendita. « Vi sono transazioni che possono essere comprese anche in un mandato ad amministrare, perchè si limitano all'accomodamento di vertenze sopra affari il cui esercizio rientra nelle attribuzioni di un amministratore. » Adunque, dalla circostanza che si è inclusa nel mandato la facoltà di transigere non può ricavarsi la illazione, che il mandatario possa procedere ad atti di alienazione (1).

6) L'affare che forma oggetto del mandato deve essere lecito: *rei turpis nullum mandatum est,* dice Ulpiano, facendosi eco della morale universale (L. 6, § 3, D. *mandati*). Paolo ci porge questi esempi di mandato destituito di efficacia per la turpitudine dell'oggetto: « Qui aedem sacram spoliandam, hominem vulnerandum, occidendumque, mandatum suscepit, nihil mandati judicio consequi potest, propter turpitudinem mandati. » (L. 22, § 3, D. *mandati*). Dovrebbe dirsi lo stesso di un mandato per esercitare il contrabbando ovvero per tenere un luogo di prostituzione. Non possiamo astenerci dal qui riferire le belle parole del Troplong: « Le sanctuaire de la justice ne saurait s'ouvrir pour ceux qui ont foulé la justice aux pieds. L'homme qui a donné un mandat contraire à la probité, à l'honneur, à l'honnêteté publique, est indigne d'être écouté par les magistrats qui doivent juger suivant la probité, l'honneur, et l'honnêteté publique. Et quant au mandataire qui, pour exécuter ce mandat, a fait des avances, déboursé des fonds, supporté des pertes, comment pourrait il croire qu'il y a au monde un tribunal où les comptes du crime, de l'infamie ou du dol, seront liquidés par un avoir au profit du coupable? » Nondimeno, per sfuggire alla nota d'ingiustizia, se il mandatario ignorava la turpitudine dell'affare, potrà chiedere dal mandante, innanzi al magistrato, il rimborso delle spese fatte in conseguenza dell'incarico ricevuto (2). Decise il Supremo Collegio di Napoli, che non può dirsi informato da causa illecita il mandato conferito ad

(1) Corte di Cassazione di Roma; sentenza dei 5 dicembre 1883; nella *Legge*, anno XXIV, Vol. II, pag. 189.

(2) V. Troplong, *Du mandat,* num. 31.

una persona, all'oggetto di assistere e procurare il disbrigo di un affare presso la superiore autorità governativa. È valido quindi, e merita esecuzione il patto, col quale si stabilisce la ricompensa da retribuirsi al mandatario. « Gli è certo che i funzionari preposti al governo dello Stato debbono senza riguardi impartire pronta giustizia, e che non possa loro richiedersi quel che dalla legge è vietato; ma da ciò non conseguita essere inibito esporre le proprie ragioni, ed attivare le pratiche, sia personalmente che a mezzo di un mandatario. Porgere suppliche alle autorità costituite, avvalorarle con la forza della parola, ed affrettare le convenienti determinazioni, non è mica vietato. La difesa dev'essere libera ed ampia. Se per poco fosse vero il concetto ritenuto dalla Corte di merito, dovrebbe anche dai tribunali bandirsi il nobile ministero degli avvocati e procuratori, perchè i giudici ben conoscono le leggi, e sanno sapientemente applicarle (1). » Noi approviamo la massima seguìta dalla Cassazione; ma non possiamo accettare due proposizioni racchiuse nella sentenza dianzi riferita. Nei governi liberi, il cittadino che espone le sue ragioni innanzi alle autorità governative, non *presenta suppliche*, esercita un diritto. In secondo luogo, quando la Corte enunciava la massima, che *i giudici ben conoscono le leggi e sanno sapientemente applicarle*, faceva assorgere a dignità di un vero assoluto una semplice presunzione. La stessa Cassazione dice nella stessa sentenza, riferendosi al pronunziato della Corte di merito: « Il magistrato che dommaticamente afferma senza ragionare manca al suo còmpito, in dispregio della legge. La sentenza denunziata non regge ad una seria discussione, perlocchè deve essere annullata. » Dunque è possibile che, nelle sentenze dei magistrati, non vi sia una *sapiente applicazione* della legge?

7) Il mandatario non può fare cosa alcuna oltre i limiti del suo mandato (art. 1742). Il contenuto del mandato dicesi *forma* dai giureconsulti romani. Richiamiamo in proposito il frammento di Paolo: « Forma in mandatis servanda est; ut quoties certum mandatum sit, recedi a forma non debeat. » (L. 46, D. *mandati*). La voce *forma*, in tema di mandato, non designa le solennità esterne di questo contratto, ma sib-

(1) Corte di Cassazione di Napoli; sentenza dei 16 luglio 1868; nella *Giurisprudenza italiana*, anno 1868, parte I, pag. 726.

bene l'incarico stesso, come è stato dato dal mandante, con tutte le sue qualità, cioè a dire con tutte le sue circostanze di tempo, di luogo o simili. I Dottori chiamano tali qualità *intrinseche,* quando si riferiscono all'incarico stesso, considerato in una maniera astratta, ad esempio, *compratemi del vino di dieci anni or sono; estrinseche,* quando si riferiscono alla sua esecuzione, ad esempio, *fatemi pervenire il vino col bastimento di Pietro.*

Dobbiamo determinare anche più chiaramente il concetto espresso nel frammento di Paolo: *forma in mandatis servanda est.* Il mandatario non deve far nulla contro la *forma* del mandato, *mandata frangere,* al dire di Orazio. Il mandatario non deve far nulla al di là o al di qua della *forma* del mandato. « Diligenter fines mandati custodiendi sunt. » (L. 5, D. *mandati*). E la Ruota di Genova: « Non est in facultate mandatarii addere vel demere ordini sibi dato (1). » Il mandatario, da ultimo, non deve far nulla senza l'osservanza delle qualità e modificazioni del mandato (2). Ma vi sono dei casi nei quali ciò che ha fatto il mandatario oltre la *forma* del mandato, pur non potendo riconoscersi come atto di mandatario, deve giudicarsi valido per avere il fondamento in una *negotiorum gestio;* accenniamo ai casi nei quali il mandante ha ricavato un profitto dall'eccesso in cui è caduto il mandatario. « Dum talis excessus in utilitatem et lucrum vertitur sui correspondentis (3). » Giova pure notare, che il mandatario non esorbita dai confini del mandato quando compie degli atti che, sebbene non espressi in termini formali, sono virtualmente compresi nel mandato: « Ea omnia quae credibile sit mandatorem in mandato expressum fuisse, si de iis cogitasset (4). » Ad esempio, il mandato di vendere oggetti mobili, comprende virtualmente la facoltà di ricevere il pagamento, sempre che il prezzo si debba pagare immediata-

(1) V. Decisiones Rotae Genuensis, Decis. IX, num. 14; Amst. 1669.

(2) « Quinimo corruunt et ea quae geruntur non observatis qualitatibus et modificationibus mandati... etiam in modico. » Turri, *De cambiis*, Disput. II, quaest. V, num. 14; Lugduni, 1556.

(3) V. Casaregis, *Discursus legales de commercio*, Disc. CXXV; Venetiis, 1740.

(4) V. Fabro, *Comm. in Pandectas*, Ad L. 30, D. *mandati;* Lugduni, 1661.

mente. Ma la regola dianzi enunciata vuolsi applicare sol quando gli atti antecedenti ed i conseguenti formano insieme un tutto con l'atto espresso, di maniera che questo sarebbe incompleto senza di quelli. Ed appunto perchè tale colleganza non gli è sembrata evidente, il legislatore ha dichiarato nell'art. 1742: « La facoltà di fare transazioni non comprende quella di fare compromessi. » Il mandante che ha riconosciuto nel mandatario una capacità sufficiente per transigere, non si reputa che riponga la stessa fiducia in un arbitro che sarà incaricato del compromesso, e che è a lui ignoto. Il mandatario deve prestare osservanza alle circostanze estrinseche ed al modo di esecuzione del mandato. A questa regola deve farsi eccezione in due casi: 1.° Quando siavi impossibilità positiva di eseguire il mandato coi mezzi indicati. « Mandatarius excusatur, quando non poterat mandatum aliter exsequi, seu non constat quod potuerit exsequi; quo casu, sufficit quod illud adimpleat per aequipollens, seu faciat vicina mandato (1). » 2.° Quando il diverso modo di esecuzione ha procurato al mandante il risultamento ch'egli voleva ottenere. « Adimplementum per aequipollens de jure permissum est, dummodo idem sequatur effectus (2). »

8) Il Codice serba silenzio sulla capacità richiesta per conferire un mandato: è quindi necessario far ricorso ai principî generali del diritto. La capacità richiesta per conferire un mandato vuolsi determinare secondo la natura dell'affare che forma oggetto del mandato. Se questo affare riveste la natura di un atto di amministrazione, il mandato potrà essere conferito da tutte le persone in cui si riconosce la capacità di fare gli atti amministrativi; anche da un inabilitato, anche da un minore emancipato. Se, all'opposto, il mandato riguarda un affare che riveste la natura di un atto di disposizione, esso non può conferirsi se non da quelle persone in cui si riconosce la capacità di disporre dei propri beni (3).

9) Il mandato può essere conferito anche ad una persona incapace di obbligarsi; in questo senso che, malgrado l'incapacità del mandatario, il mandante si troverà ligato ad ese-

---

(1) V. Scaccia, *De commerciis et cambio*, num. 370; Genevae, 1664.

(2) V. Casaregis, *Ibidem*, Disc. CXCVIII. Si consulti pure il commento che fa il Troplong (*Du mandat*) all'art. 1989 del Codice francese.

(3) V. Zachariae, *Cours de droit civil*, Vol. II, § 411.

guire il mandato, tanto in rapporto al mandatario, quanto in rapporto ai terzi. Ma l'incapace, che ha accettato un mandato, può opporne la nullità quando è convenuto in giudizio, sia per l'inadempimento delle obbligazioni risultanti da tale contratto, sia per rendimento di conto, salva al mandante l'*actio de in rem verso*. Il Codice statuisce espressamente, che il minore emancipato può essere scelto per mandatario; ma il mandante non ha azione contro il mandatario minore, se non giusta le regole generali relative alle obbligazioni dei minori (art. 1743). Questo articolo 1743 non parla che del minore emancipato; ma bisogna guardarsi dall' inferire dal medesimo che non si possa dar valido mandato ad un minore non emancipato. Quest' articolo non venne dettato con una intenzione di esclusione; esso si propone, non tanto di annoverare le persone capaci di ricevere un mandato, quanto di determinare gli effetti dell'accettazione del mandato, conferito ad una persona che goda dell'amministrazione dei suoi beni, senza che abbia la facoltà di disporre dei medesimi. Il legislatore è stato, forse, preoccupato dal timore, che venisse considerato come un semplice atto di amministrazione l' accettazione di un mandato che ha per oggetto un atto di questa natura. Ha quindi dichiarato, in termini generali, comprensivi anche del caso che il mandato riguardi un atto di amministrazione, che il minore sebbene emancipato non resta obbligato che giusta le regole statuite intorno alle obbligazioni dei minori. È questa l' acconcia considerazione che ci presentano l' Aubry ed il Rau. Il mandante non può ragionevolmente lamentarsi del sistema del Codice. Egli ha facoltà di scegliere per mandatario chi non ha la capacità di obbligarsi, perchè ripone in lui tutta la sua confidenza. Il terzo non ha nè il diritto nè il dovere di fare delle indagini sulla capacità o sulla incapacità della persona scelta dal mandante. Se, in sèguito, gli eventi dimostrano che la fiducia del mandante è stata mal collocata, deve il mandante imputare alla propria imprudenza i danni che dalla fiducia malamente riposta sono a lui derivati. *Sibi imputet*, ripetiamo la formola in altra occasione usata dal giureconsulto romano.

Nel capoverso dell'art. 1743 statuisce il Codice, che la moglie non può accettare mandato senza l'autorizzazione del marito. Tale disposizione fu, nel seno della Commissione Coordinatrice, vivamente combattuta dal Precerutti e dal Re-

stelli. Fu osservato, che la disposizione suddetta non era in armonia con l'articolo 143 del Progetto, corrispondente all'art. 134 del Codice, « nel quale si sono definiti tutti i casi in cui è necessaria l'autorizzazione maritale, tra i quali non è punto noverato il mandato, che non sembra del resto un contratto di tanta importanza da richiedere cotale autorizzazione, la quale si è voluta restringere ai soli casi che possono avere conseguenze più gravi. A ciò si aggiunge, che il più delle volte il mandato si dà alla moglie da un figlio, da una sorella o da un altro prossimo parente, e non induce generalmente obbligazioni tali da mettere a repentaglio la fortuna della moglie. » Ma il Bartalini e il De Foresta osservarono in contrario: « Se v' ha caso in cui è indispensabile l'autorizzazione maritale, è quello del mandato, perchè ciò esigono non solo ragioni economiche e d'interesse, cioè che la moglie non possa indirettamente compromettere il suo patrimonio, ma anche e specialmente gravi motivi di moralità, non potendosi ammettere che senza il consenso del marito riceva essa ed eseguisca un mandato altrui. Quand'anche la necessità dell'autorizzazione maritale non fosse stata stabilita in massima pei contratti più importanti, si dovrebbe sempre richiedere per l'accettazione del mandato, non tanto perchè con questo potrebbe la donna maritata facilmente compromettere il di lei patrimonio e pel motivo di alta moralità dianzi rilevato, quanto perchè la moglie dovendo obbedienza ed assistenza al marito come capo della società coniugale, non si può ammettere che gerisca gli affari altrui a di lui insaputa, o senza il suo consenso, tanto più che il marito potrebbe sempre renderle impossibile in qualunque tempo l'esecuzione del mandato e comprometterla in faccia al mandante, abbandonando repentinamente il luogo in cui il mandato deve essere eseguito, o costringerla anche soltanto con violenze morali a non eseguire l' avuto incarico. » Fu sollevato il dubbio, nel seno della medesima Commissione, se la sede più appropriata alla suddetta disposizione non fosse l'articolo 143 del Progetto (art. 134 del Codice), nel quale erano determinati i casi nei quali si richiede l' autorizzazione maritale. Ma la Commissione deliberò di mantenere la disposizione nella sede che occupava nel Progetto, tenuto conto dell'osservazione fatta dal Vaccarone: « Se la detta disposizione venisse trasferita in quell'articolo, ne deriverebbe la conse-

guenza che in questo , come in tutti gli altri casi ivi previsti, ricusando il marito di dare l'autorizzazione, potrebbe la moglie chiedere quella del tribunale, ciò che non è ammessibile pel mandato, e nessuno al certo vorrebbe stabilire (1). »

10) Quando il mandatario agisce in suo nome, il mandante non ha azione contro coloro coi quali il mandatario ha contrattato , nè i medesimi l' hanno contro il mandante. In tal caso però il mandatario è direttamente obbligato verso la persona con cui ha contrattato, come se l'affare fosse suo proprio (art. 1744). Allorchè il mandatario manifesta la qualità con cui agisce, egli è considerato verso i terzi come *nudus minister*. Ciò non si avvera quando egli ha contrattato *nomine proprio*, come ha luogo trattandosi dei commissionari commerciali. Statuisce in proposito l' art. 381 del Codice di commercio : « Il commissionario è obbligato direttamente verso la persona colla quale ha contrattato, come se l'affare fosse suo. Il committente non ha azione verso le persone colle quali il commissionario ha contrattato, nè queste hanno azione verso, il committente. » E qui giova ricordare le parole del Casaregis : « Mercatores non solent tam propria quam aliena negotia propalare ; sed ea secreto suoque proprio nomine agere, nusquam exprimendo nomen committentis vel sui correspondentis, cui forte quoque expedit, ob motiva prudentialia, sub alieno nomine sua negotia peragere, ut ponderat Ansaldus. » Quando il mandatario stringe dei rapporti giuridici *nomine proprio*, egli non perde giammai la qualità di mandatario di fronte al mandante : *respectu ad mandantem retinet semper figuram mandatarii,* osserva il Casaregis (2). Le azioni, *mandati directa et contraria*, producono tutti i loro effetti. Ma, rispetto ai terzi, poichè il mandante non si rivela, e solo il mandatario è conosciuto, nè il mandante ha azione contro i terzi, nè questi hanno azione contro il mandante. Il mandatario è direttamente e personalmente obbligato verso i terzi; costoro han conosciuto soltanto la sua persona , essendo rimasto nascosto il mandante.

---

(1) Verb. num. 45 della Commissione Coordinatrice.

(2) V. Casaregis, *Ibidem,* Disc. LXXVI.

II.

Delle obbligazioni del mandatario.

Come abbiamo da Cicerone, nelle orazioni *pro Caecina* e *pro Roscio Amerino*, gli antichi giudicavano molto severamente il mandatario che contravveniva alle sue obbligazioni; lo dichiaravano *infame*. Ai tempi nostri, nel campo giuridico, in nessun luogo si parla d'infamia; in nessun luogo si legge la frase, *infamia comitetur*, che tanto di frequente ricorre nelle Costituzioni degli imperatori romani. Ma è incontrastabile, che la più parte delle disposizioni, circa i doveri che incombono al mandatario, sono mutuate dal Diritto romano.

1) Il mandatario è tenuto ad eseguire il mandato sino a che ne rimane incaricato, ed è risponsabile dei danni derivanti dall'inadempimento del medesimo. È parimente tenuto a terminare l'affare già cominciato al tempo della morte del mandante, se dal ritardo possa derivare pericolo (art. 1745). Quegli che al *rogo* dell'amico ha risposto *recipio*, deve compiere l'affare di cui non ha rifiutato l'incarico. « Sicut autem liberum est mandatum non suscipere ita susceptum consummari oportet. » (L. 22, § 11, D. *mandati*). Vi sono degli affari i quali val meglio non intraprendere che lasciare incompiuti; ecco perchè il legislatore vuole risponsabile il mandatario dei danni che derivano dall'inadempimento del mandato; salvo tuttavia il caso, osserveremo col Duranton, in cui il mandatario possa allegare una giusta causa della inosservanza del mandato, ad esempio, una infermità da cui è stato colpito. Il mandato, per natura sua, è un contratto di beneficenza, e l'equità non consente che lo si rivolga a danno di colui che ha voluto rendere un servigio amichevole: *nemini beneficium suum damnosum esse debet* (1). Il Codice impone al mandatario il dovere di terminare l'affare già cominciato al tempo della morte del mandante, se dal ritardo possa derivare pericolo. È questo un dovere imposto al mandatario per considerazioni di equità, non è un'obbligazione che promani direttamente dal contratto. Ecco perchè il dovere si li-

(1) V. Duranton, *Cours de droit français*, Vol. XVIII, num. 239.

mita al caso, preveduto dal Codice, in termini espressi, che *dal ritardo possa derivare pericolo,* cioè a dire, al caso che vi sia *periculum in mora* (1).

2) Il mandatario è risponsabile non solamente pel dolo, ma anche per la colpa commessa nell'esecuzione del mandato. Tale risponsabilità riguardo alla colpa è applicata, quando il mandato è gratuito, meno rigorosamente che nel caso contrario (art. 1746). Nell'esame dell'art. 1224 abbiamo svolta la teoria della *colpa contrattuale*, giusta la terminologia degli scrittori moderni; abbiamo determinato, colla maggiore esattezza che ci era possibile, il grado della diligenza cui il debitore è tenuto in conseguenza delle contratte obbligazioni. Il Codice italiano, nel mentovato articolo 1224, dopo avere stabilita la regola generale, che la diligenza, la quale si deve impiegare nell'adempimento dell'obbligazione, è sempre quella di un buon padre di famiglia, *diligentia in abstracto,* salvo il caso di deposito volontario, in cui basta la *diligentia in concreto*, soggiunge nel capoverso: « Questa regola per altro si deve applicare con maggiore o minor rigore, secondo le norme contenute per certi casi in questo codice. » In tema di mandato, il mandatario è *sempre* tenuto alla *diligentia in abstracto.* Soltanto, quando il mandato è gratuito, tale *diligentia in abstracto* si dovrà estimare meno rigorosamente, senza che si possa scemare la risponsabilità del mandatario sino al punto da sottometterlo alla semplice *diligenza in concreto.* È questa la teoria che risulta chiarissima dal raffronto fra l'articolo 1224 e l'articolo 1746 del Codice. Noi sappiamo che i compilatori del Codice italiano, sulle orme dei redattori del Codice francese, hanno respinta la tripartizione delle colpe, cui si faceva ricorso nell'antica giureprudenza. Diremo col Laurent: « Les auteurs du code civil n'ont pas voulu tarifer les fautes comme on le faisait dans l'ancien droit (2). » In applicazione della regola generale, superiormente enunciata, ritenne il Supremo Collegio di Torino, che il mandatario *ad exigendum* deve verso il mandante rispondere dei danni cagionati dall'inadempimento, ed anche dal semplice ritardo nell'esecuzione del mandato. Ciò però non con-

(1) V. Demante, *Programme du cours de droit civil*, Vol. III, num. 736.

(2) V. Laurent, *Principes de droit civil,* Vol. XXVII, num. 475.

duce alla conseguenza, che il mandatario debba pagare del proprio la somma non riscossa, salvochè il danno sia appunto rappresentato dall'intero credito non riscosso, come nel caso di perdita totale del credito per l'avvenuta insolvibilità del debitore (1). Ancora: perchè si possa parlare di risponsabilità a carico del mandatario, è necessario che la inesecuzione di cui si lamenta il mandante sia imputabile al mandatario. Questi non incorre in alcuna risponsabilità, quando una forza maggiore gli ha impedito la esecuzione del mandato. La Corte di Rennes decideva in tal guisa, a proposito di un caso di forza maggiore, cagionato dalla guerra civile. Il mandatario era stato imprigionato, era stato più volte derubato da bande armate, era stato costretto ad abbandonare il suo domicilio per cercare altrove un rifugio. Tutti questi avvenimenti, disse la Corte, hanno il carattere di forza maggiore, ed esimono il mandatario da qualunque risponsabilità (2).

3) Ogni mandatario deve render conto del suo operato e corrispondere al mandante tutto quello che ha ricevuto in forza del mandato, quantunque ciò che ha ricevuto non fosse dovuto al mandante (art. 1747). La morale e il diritto sottopongono il mandatario all'obbligazione di render conto del suo operato. « Ex bona fide rationem reddere debet. » (L. 46, § 4, D. *de procurat.*). Questo conto deve comprendere ogni profitto, diretto e indiretto, che si è ricavato dal mandato. « Ex mandato, apud eum qui mandatum suscepit, nihil remanere oportet. Debere eum praestare quantumcumque emolumenti sensit. » (L. 20, L. 10, § 3, D. *mandati*). Statuisce espressamente il Codice, che il mandatario deve corrispondere al mandante tutto quello che ha ricevuto, *quantunque non fosse dovuto al mandante*. La ragione di tale disposizione è evidente. Il mandatario non è che un intermediario, un *nudus minister*. Egli non deve risolvere quistioni di proprietà, che non lo riguardano. E forse non può avverarsi, che il mandante riceva la cosa altrui per venderla, pignorarla, permutarla per conto del proprietario? Nondimeno, osserva a buon diritto il Troplong, se il mandatario viene a conoscere che

(1) Corte di Cassazione di Torino; sentenza dei 6 aprile 1876; nella *Legge*, anno XVI, Vol. I, pag. 608.

(2) Corte di appello di Rennes; arresto dei 31 marzo 1815; in Dalloz, *Répertoire*, verb. *Mandat*, num. 196.

la cosa è stata rubata, e che di lui vuolsi fare un ricettatore di cose furtive, associandolo così ad un'azione criminosa, egli può regolarsi colle norme sancite dalla legge in tema di deposito (1). Statuisce in proposito l'art. 1854 del nostro Codice (corrispondente all'art. 1938 del Codice francese) che il depositario non può pretendere che il deponente provi d'essere proprietario della cosa depositata; ciò non ostante, se scopre che la cosa è stata rubata e chi ne è il vero padrone, deve denunziare a questo il deposito fatto presso di sè, intimandogli che lo reclami in un determinato e congruo termine, salve le disposizioni del Codice penale. Se quegli a cui fu fatta la denunzia, è negligente nel reclamare il deposito, il depositario è validamente liberato colla consegna del deposito a colui dal quale l'ha ricevuto.

Ma dall'articolo 1747 del Codice non si può ricavare la conseguenza, che il mandante abbia il diritto di rivendicare la somma riscossa dal mandatario per conto di lui, provando la corrispondenza fra la somma riscossa e il deposito fatto dal mandatario di questa somma. Nella specie che si presentò all'esame della Corte di Milano, il mandatario impiegò « al suo nome la somma riscossa, presso un istituto che aveva per patto di non riconoscere proprietario delle somme consegnategli niun altro che l'intestato, negandogli persino il diritto di negoziarle o pignorarle. E quindi quell'investita fu a favore esclusivo di chi la fece in sua testa, il quale soltanto potea ritirarla. Il concetto del ladro che impegna la cosa rubata e la deposita è affatto fuor di proposito, perchè qui non si tratta di cosa non fungibile, ma di denaro, il quale è un segno generale che rappresenta le cose, e che perciò quando nella sua custodia o investita non presenta un'appartenenza diversa, si presume del possessore, e possessore della somma depositata era nella specie il mandatario, in forza di un titolo legale, il mandato amplissimo di cui era investito, in forza del quale l'aveva esatta, e che gli addossava la sola obbligazione di resoconto e consegna al mandante del reliquato (2). »

4) Fu grave disputa fra i Dottori, *omnes Doctores*

---

(1) V. Troplong, *Du mandat,* num. 426.

(2) Corte di appello di Milano; sentenza dei 4 marzo 1895; nel *Filangieri,* anno 1895, parte II, pag. 347.

hoc disputant, osserva il Casaregis (1), se il mandatario potesse sostituire a sè stesso un'altra persona nella esecuzione del mandato. Nei lavori preparatorî del Codice francese molto si discusse a tal proposito; ed alla discussione presero parte il console Cambacérès, il Treilhard, il Tronchet ed il Berlier. Risultamento della discussione fu l'articolo 1994, le cui disposizioni sono riprodotte nell'articolo 1748 del Codice italiano, così concepito: « Il mandatario è risponsabile per colui che ha sostituito nell'incarico avuto: 1.° Quando non gli fu concessa la facoltà di sostituire alcuno; 2.° Quando una tale facoltà gli fu concessa senza indicazione della persona, e quella da lui scelta era notoriamente incapace o non solvente. In tutti i casi può il mandante direttamente agire contro la persona che venne sostituita dal mandatario. » L'articolo che abbiamo riferito giustamente dispone, che il mandante *può* agire direttamente contro la persona sostituita dal mandatario. Quale risarcimento di danni potrebbe, infatti, chiedere il mandante al sostituito, cui il mandatario ha dato un mandato diverso da quello ch'egli ha ricevuto, ed il sostituito l'ha adempito con la massima esattezza? Come insegna a buon diritto lo Zachariae, il mandante ha un'azione personale e diretta contro il mandatario sostituito, ma soltanto in ragione delle obbligazioni da costui contratte in forza del *submandato* che ha ricevuto (2). In rapporto all'art. 1748 del Codice, giova ricordare la massima fermata dalla Corte di Cassazione di Firenze: Non può argomentarsi la facoltà di sostituire altri nella esecuzione del mandato dalla necessità del mandatario di avere un coadiutore, o dalla notoria sua impossibilità di accudire, per altri suoi uffizi, alla materiale esecuzione del mandato. E pertanto, anche ammesse queste circostanze, il mandatario risponde sempre per l'operato del sostituito (3).

5) Se in un solo atto si sono costituiti più mandatari o procuratori, l'obbligazione in solido tra essi non ha luogo se non è stata pattuita (art. 1749). Se, giusta i termini di un mandato, conferito a più persone, uno dei mandatari non può agire senza il concorso degli altri, colui il quale, col ri-

(1) V. Casaregis, *Ibidem*, Disc. CCXXV.

(2) V. Zachariae, *Cours de droit civil*, Vol. II, § 413.

(3) Corte di Cassazione di Firenze; sentenza degli 11 febbraio 1889; nella *Temi Veneta*, anno 1889, pag. 218.

fiutarsi a cooperare all'esecuzione del mandato, ha cagionato danno al mandante, deve ritenersi, da solo, obbligato al risarcimento del danno verso costui; mentre, negli altri casi e per regola generale, in quanto al risarcimento dei danni cui può aver diritto il mandante, a causa dell'inadempimento del mandato, ciascuno dei mandatari deve contribuire per una parte virile. È questa la dottrina insegnata dallo Zachariae. A prima fronte non si ravvisa la necessità dell'art. 1749 del nostro Codice, corrispondente all'articolo 1995 del Codice francese. Statuisce l'art. 1188: « L'obbligazione in solido (fra i debitori) non si presume, ma debb' essere stipulata espressamente. Questa regola non cessa, fuorchè nei casi nei quali l'obbligazione in solido ha luogo di diritto in forza della legge. » Ora quale necessità spingeva il legislatore a dichiarare, nell'art. 1749, che tra più mandatari, in mancanza di patto espresso, non vi è vincolo solidale? Non è forse questo articolo 1749 la ripetizione, in rapporto ai mandatari, della regola fermata nell'art. 1188? Il Codice italiano, ad esempio del Codice francese, ha stimato opportuna una formale disposizione *in subiecta materia*, per affermare chiaramente il concetto, che oggi non può ricevere applicazione la solidalità fra i mandatari, anche mancandovi un patto espresso. Dice in proposito il giureconsulto Scevola: « Duobus quis mandavit negotiorum administrationem. Quaesitum est, an unusquisque mandati judicio in solidum teneatur? Respondi, unumquemque pro solido conveniri debere: dummodo ab utroque non amplius debito exigatur. » (L. 60, § 2, D. *mandati*). Nel Diritto moderno, anche in rapporto ai mandatari si applica la regola generale circa la solidalità. Ben è vero che gli esecutori testamentari sono solidalmente risponsabili (articolo 910); ma ciò deriva dal perchè questi esecutori sono scelti dal testatore e non dall'erede, e la legge, con savio consiglio, ha voluto che costui, che è pur tenuto a rispettare i supremi voleri del defunto, sia garantito pienamente (1). *Lex effecit providenter.*

6) Il mandatario deve gli interessi delle somme che ha impiegate a proprio uso dalla data del fattone impiego, e gli interessi di quelle di cui è rimasto in debito dal giorno in

(1) V. Mourlon, *Répétitions écrites*, sull' art. 1995 del Codice francese.

cui fu costituito in mora (art. 1750). Il mandatario è tenuto a rivolgere ogni profitto a benefizio del mandante. « Bonae fidei non congruit ne de alieno lucrum sentiat. » (L. 10, § 3, D. *mandati*). Egli dunque deve gli interessi delle somme che ha impiegate a proprio uso dalla data del fattone impiego, e questi interessi non sono soggetti alla prescrizione quinquennale stabilita dall'art. 2144. Il mandatario deve gli interessi delle somme impiegate a proprio uso, e quando ha ricevuto queste somme per farle fruttificare mediante mutui, e quando le ha ricevute per tenerle a disposizione del mandante. Ma qui vuolsi notare, che il Diritto romano e il Diritto moderno, quando parlano del mandatario che ha impiegate le somme a proprio uso, ne parlano sempre in mala parte; *dum ita loquuntur,* diremo col sommo Cuiacio, *semper accipiunt in malam partem.* La legge suppone un abuso da canto del mandatario. Quindi la disposizione della legge non è applicabile semprechè il mandatario ha impiegate a proprio uso le somme del mandante, ma con l'autorizzazione di costui. In tal caso il mandatario rispetto al mandante deve essere considerato come un mutuatario. Ora il mutuo produce interessi sol quando questi sono stati convenuti (1). Il mandatario deve inoltre gli interessi delle somme di cui è rimasto in debito dal giorno in cui fu costituito in mora. Questa disposizione, racchiusa nell'art. 1750, riproduce il responso di Ulpiano: « Si procurator meus pecuniam meam habeat, ex mora itaque usuras mihi pendet. » (L. 10, § 3, D. *mandati*).

7) Il mandatario che ha dato alla parte, con cui ha contrattato in tale qualità, una sufficiente notizia delle facoltà ricevute, non è tenuto ad alcuna garantìa per quello che avesse operato oltre i limiti del mandato, eccetto che si fosse per ciò personalmente obbligato (art. 1751). Se il mandatario ha dato ai terzi sufficiente notizia delle facoltà ricevute, e costoro lo han seguìto nella trasgressione cui si è abbandonato, essi non possono lamentarsi che con sè stessi. Questi terzi non sono stati ingannati, quando han saputo che contrattavano con una persona che non aveva per quell'atto la qualità di mandatario. Ma, quando il mandatario non ha dato notizia della procura, egli è risponsabile verso i terzi di quello che ha fatto con essi al di là del mandato. I terzi hanno ag-

(1) V. Troplong, *Du mandat,* num. 501

giustato fede alle sue parole; han creduto ciò ch'egli affermava intorno alla estensione dei suoi poteri. Potrebbe il mandatario dolersi di questa confidenza? Per rinviare questi terzi a provvedersi contro il mandante, di cui il mandatario ha usurpato il nome e la procura, sarebbe d'uopo che il mandante avesse ratificato ciò che si è fatto, oltre i limiti del mandato, dal mandatario (1). Un illustre giureconsulto dell'antica scuola fermava in proposito queste massime: « Asserens mandatum vel commissionem habere contrahendi pro altero, remanet obligatus. Contrahens tamquam procurator tenetur vel ostendere mandatum, vel obtinere ratificationem illius, cujus nomine promisit vel contraxit (2). » In altre parole, quando il mandatario, assumendo tale qualità, si è posto a contrattare con i terzi, egli tacitamente si è obbligato a dar loro un'azione contro il mandante, per fare eseguire il contratto. Quando costui vi si rifiuti, eccependo che il mandatario ha operato oltre i limiti del mandato che gli era stato conferito, il mandatario, ove non provi il contrario, deve garantire i terzi da ogni danno che possa loro derivare dal suo imprudente o colpevole operato. Il che, se avverasi nel caso di un mandato scritto, quando esso si occulti dal mandatario, è molto più facile ad avverarsi nel caso di un mandato verbale, allorchè i terzi debbono stare interamente alla fede di chi si presenta in nome del mandante. Comprendiamo, che tale ordinamento talvolta può sembrare una legge troppo dura, specialmente nel caso che il mandatario abbia agito in buona fede, e col pensiero forse di porre un termine a lunghe controversie. Taluno affermerà, che l'ordinamento della legge consacra i dettami dell'egoismo; è questo il caso, si potrà dire, di chi va per beneficare e resta danneggiato. A questa obiezione, o censura, come meglio piaccia chiamarla, è facile il rispondere, che anche nel benefizio bisogna serbar regola e prudenza; e che quegli il quale è propenso alla generosità è libero di largheggiare del proprio, non già di quello che dipende dal gradimento degli altri. Rispetto a costoro, deve egli ricordarsi della sentenza plautina: « Nullum beneficium duco esse id quod, cui facias, non placet. »

---

(1) V. Troplong, *Ibidem*, num. 589 a 592.

(2) V. Ansaldi de Ansaldis, *Discursus legales de commercio*, Disc. XXX; Genevae, 1751.

III.

Delle obbligazioni del mandante.

Le obbligazioni del mandante dànno luogo ad un'azione, che troviamo chiamata dal Diritto romano *actio mandati contraria*; imperciocchè essa sorge *ex postfacto*, e non deriva principalmente dal contratto, come l'*actio mandati directa*, che compete al mandante contro il mandatario. Dice in proposito il Cuiacio: « His verbis, *Mandati vel contra*, significatur duplicem esse actionem, *contrariam,* quae datur mandatario, et *directam,* quae datur mandatori (1). » Ma, come abbiamo osservato in sede opportuna, arrestandoci intorno all'esame dommatico degli articoli 1099 e 1100, il nascimento *ex postfacto* di obbligazioni a carico del mandante non converte il mandato da contratto unilaterale in contratto bilaterale imperfetto. Questa categoria speciale di *contratti bilaterali imperfetti*, sebbene abbia il suffragio di valorosi giuristi, non è conforme al sistema della legge.

1) Il mandante è tenuto ad eseguire le obbligazioni contratte dal mandatario secondo le facoltà che gli ha date. Non è obbligato per quello che il mandatario avesse fatto oltre tali facoltà, se ciò non è stato espressamente o tacitamente ratificato (art. 1752). Perchè i terzi abbiano azione diretta contro il mandante, si richiede il concorso di due condizioni. In primo luogo, il mandatario deve agire *nomine procuratorio*. In secondo luogo, egli non deve esorbitare dai limiti del mandato. Ma il mandante è tenuto ad eseguire ciò che il mandatario ha operato oltre i limiti del mandato, quando egli ha ratificato questo eccesso: *ratihabitio mandato aequiparatur*, è questa una delle regole fondamentali in tema di mandato. La ratifica, *in subiecta materia*, non è sottoposta ad alcuna formalità; come è detto dal Codice, essa può avverarsi tanto espressamente che tacitamente (2).

2) Il mandante deve rimborsare il mandatario delle an-

---

(1) V. Cuiacio, *Recitationes solemnes,* in tit. XXXV, Lib. IV, Cod. (Vol. IX, col. 354 dell'ediz. napoletana del 1758).

(2) V. Troplong, *Du mandat,* num. 610.

ticipazioni e delle spese che questi ha fatto per l'esecuzione del mandato, e pagargli il compenso se l'ha promesso. Se non è imputabile alcuna colpa al mandatario, il mandante non può dispensarsi da tale rimborso e pagamento, ancorchè l'affare non fosse riuscito, nè può far ridurre la somma delle spese e delle anticipazioni, col pretesto che avrebbero potuto essere minori (art. 1753). Il mandatario non risponde del successo dell'affare; egli deve essere tenuto indenne dal mandante, anche quando l'affare non è riuscito, semprechè, come statuisce espressamente il Codice, la mancanza della riuscita non sia imputabile a sua colpa. Il Codice statuisce ancora, sulle orme del Diritto romano, che il mandante non può pretendere che sia ridotta la somma delle spese e delle anticipazioni, col pretesto che avrebbero potuto essere minori. « Nec ad rem pertinet, quod is qui mandasset, potuisset, si ipse negotium gereret, minus impendere. » (L. 27, § 4, D. *mandati*). Ed il Voet così spiega questo frammento: « Non interest, utrum mandans ipse parcius erogaturus fuisset, an non; cum sufficiat eum (mandatarium) sumtus bona fide secundum suam fecisse conditionem (1). » Ancora: statuisce il Codice, che il mandante deve pagare al mandatario il compenso promesso. Nel sistema del Diritto moderno, come abbiamo superiormente avvertito, il pagamento del compenso si può domandare con l'*actio mandati*; mentre per Diritto romano dovea domandarsi con una *persecutio,* e mediante una *extraordinaria cognitio.* Richiamiamo in proposito le parole del Perezio: « Petit *extra ordinem* mandatarius salarium sibi promissum pro remuneratione industriae, quam adhibuit in gerendo negotio (2). » È una conseguenza del principio, che il mandato, essenzialmente gratuito per Diritto romano, è oggi gratuito sol per natura.

3) Il mandante deve parimente tenere indenne il mandatario delle perdite sofferte per occasione degli assunti incarichi, quando non gli si possa imputare alcuna colpa (articolo 1754). Come il mandatario non deve nulla ritenere della sua gestione, così nulla deve perdere ad occasione della me-

---

(1) V. Voet, *Comm. ad Pandectas,* Lib. XVII, tit. I, num. 10; Hagae-Comitum, 1731.

(2) V. Perezio, *In Codicem,* Lib. IV, tit. XXXV, num. 17; Amst. 1761.

desima. « Ex mandato apud eum qui mandatum suscepit nihil remanere oportet, sicuti nec damnum pati debet. » (L. 20, D. *mandati*). L'articolo 1754 è il correlativo dell'articolo 1747. Il Pothier, facendo tesoro di un frammento del giureconsulto Paolo, distingue il caso in cui il mandato è stato la *causa* da quello in cui è stato semplicemente l'*occasione* della perdita sofferta dal mandatario. In questo secondo caso, il mandatario non può pretendere alcuna indennità; ad esempio, il mandatario, nel recarsi ad assolvere l'incarico ricevuto, è stato assalito e spogliato dai ladroni, *spoliatus est a latronibus,* dice Paolo; ovvero, durante un viaggio marittimo, impreso per la esecuzione del mandato, ha perduto delle cose che gli appartengono, in conseguenza di un naufragio, *naufragio res amisit;* ovvero, durante un viaggio, impreso per l'adempimento del mandato, ha dovuto erogare delle somme a causa d'infermità, *languore adprehensus quaedam erogavit.* Le perdite sofferte dal mandatario, conchiude Paolo, *magis casibus quam mandato imputari debent,* e quindi non può il mandante essere astretto a indennizzarle (L. 26, § 6, D. *mandati*). Il presidente Fabro non approvò la decisione del giureconsulto Paolo: *mihi autem duriuscula videtur haec Pauli sententia* (1). Egli non dubitò di anteporre alla decisione di Paolo una sentenza del tutto opposta, più conforme ai dettami del Diritto razionale, e che trovasi pure accolta in alcuni testi del Diritto romano. Il mandante è obbligato a tenere indenne il mandatario delle perdite di cui il mandato è stato *causa* od anche semplicemente *occasione.* Anche in rapporto alle perdite di cui l'incarico ricevuto è stato soltanto occasione, il mandatario può sempre dire, e con piena giustizia, ch'egli in tanto ha sofferto la perdita, in quanto ha accettato il mandato: *non fuisse damnum passurum, si mandatum non suscepisset.* Il Codice italiano, sulle orme del francese, ha seguìta la teoria propugnata dal presidente Fabro: ciò si trae apertamente dal testo dell'art. 1754 del nostro Codice, corrispondente all'art. 2000 del Codice francese.

4) Il mandante deve al mandatario gli interessi delle somme da questo anticipate dal giorno del provato pagamento delle medesime (art. 1755). Questo articolo è correlativo all'art. 1750. Esso racchiude una disposizione giustissima, che

---

(1) Cit. da Troplong, *Du mandat,* num. 658.

il Diritto moderno mutuava dal Diritto romano. Dice Paolo: « Si meis nummis mandato tuo aliquid tibi comparavero, et si rem postea accipere nolis, mandati actio mihi adversus te competit. Non enim tantum quod impensum est, sed et usuras ejus consequi possum. » (*Recept. sent.* , II, 15, 2). Delle due l'una: o il mandatario è stato costretto a prendere a prestito queste somme, ed egli ne ha pagato un interesse di cui deve essere rimborsato; ovvero ha pagate queste somme *aere proprio*, e come il danaro di un padre di famiglia non è destinato a restare ozioso, siccome esso avrebbe fruttificato nelle sue mani, così a lui si deve quell'interesse di cui è restato privo per avere adoperato il danaro proprio nell'assolvere gli affari del mandante (1).

5) Se il mandato è stato conferito da più persone per un affare comune, ciascuna di esse è tenuta in solido verso il mandatario per tutti gli effetti del mandato (art. 1756). L'obbligazione in solido può derivare da una duplice fonte; da una espressa stipulazione ovvero da una disposizione della legge (art. 1188). L' art. 1756 ci presenta un esempio di obbligazione solidale che si stabilisce , indipendentemente da qualunque patto , per autorità della legge , *legis ministerio.* Il Diritto moderno ha calcato le orme del Diritto romano. *Paulus respondit, unum ex mandatoribus eligi posse* (L. 59, § 3, D. *mandati*). Il mandatario si può rivolgere pel tutto contro ciascuno dei mandanti; beninteso che il soddisfacimento dell' obbligazione eseguito da un solo libera gli altri verso il creditore (art. 1186). Il presidente Fabro assegna questa ragione della solidalità stabilita a carico dei mandanti: si reputa che ciascun mandante ha dato ordine di fare, per sè e pel tutto, l'affare che forma oggetto del mandato; e che il mandatario ha seguìto , pel tutto , la fede di ciascun mandante (2).

---

(1) V. Troplong, *Ibidem*, num. 674.

(2) V. Fabro , *Comm. in Pandectas*, Ad L. 59, § 3, D. *mandati*; Lugduni, 1661.

IV.

Delle diverse maniere colle quali si estingue il mandato.

Avuto riguardo all'art. 1757, troviamo che, nel sistema del Codice, sei sono i modi di estinzione del mandato.

1) Il mandato si estingue per la *rivocazione* fattane dal mandante. Il mandato è uno dei contratti, in rapporto ai quali si fa eccezione alla regola generale, che *contractus sunt ab initio voluntatis, ex postfacto necessitatis*. E la eccezione, pel mandato, si giustifica con due ragioni. La prima è questa, che il mandato *originem ex officio atque amicitia trahit* (L. 59, § 3, D. *mandati*); il mandatario, col suo *recipio*, ha voluto rendere un servigio di amico, ed è nota la massima, che *invito beneficium non datur*. La seconda ragione è questa: quegli che aveva bisogno dell'opera altrui per assolvere i suoi affari ha scelto a questo còmpito una persona in cui riponeva la sua confidenza; or questa confidenza può venir meno; dopo il conferimento del mandato gli si rivelano dei fatti che prima ignorava; se dunque il *rogo* è stato spontaneo, deve darsi al mandante piena libertà di rivocare l'incarico. Ma qui dobbiamo richiamare la massima accolta dal Supremo Collegio di Firenze: conferito il mandato da più persone per interessi distinti volontariamente associati, la rivocazione fatta da uno o più dei mandanti produce effetto solo rispetto ai rivocanti, e non obbliga punto gli altri mandanti. Osservò la Corte: « La rivocazione del mandato deve emanare dallo stesso potere che ha conferito il mandato. *Ministrum removeri non posse sine consensu omnium sociorum vel interesse habentium.* Quando il mandato è conferito da più persone, è d'uopo distinguere, se desso riguardi interessi indivisi, o distinti volontariamente associati. Per questa seconda classe d'interessi, se la rivocazione venga fatta da uno o più dei mandanti, dessa in sostanza produce effetto solo rispetto ai rivocanti, e punto non obbliga gli altri mandanti; dappoichè, quando pure la volontaria associazione fosse cessata, gli interessi di costoro si potranno esercitare distintamente da quelli dei rivocanti. Quante volte fossero indivisibili, ed anche soltanto

indivisi gli interessi di più mandanti, come quelli di più condomini di una statua, di un appartamento, e quando il mandato pel suo obbietto fosse individuo, come è quello che dai creditori di un fallimento, associati per concordato, venisse conferito a un terzo o a uno di loro per l'amministrazione e la vendita del patrimonio del fallito, per indi ripartirsene il valore tutto o in parte, nelle proporzioni concordate tra loro e il fallito, in tali casi non può aver valore la rivocazione di uno o più, ma è prevalente solo la deliberazione della maggioranza (1). »

La rivocazione del mandato deve essere notificata al mandatario per produrre i suoi effetti; tuttavia, insegnano gli scrittori, che dovendo nel mandato dominare la buona fede, semprechè il mandatario ha avuto notizia della rivocazione dei suoi poteri, tale conoscenza dispensa il mandante dal fargli una notificazione diretta (2). Che se il mandatario, ignorando la rivocazione, ha compiuto degli atti relativi al mandato, gli compete azione contro il mandante: *ignoscendum enim si non divinavit*, come dice il giureconsulto romano (L. 29, § 2, D. *mandati*).

Il mandante non è tenuto a dare alcuna spiegazione al mandatario, e costui non potrebbe elevare quistioni per provare che la rivocazione è intempestiva, ingiusta, capricciosa o dettata dall'errore o dalla collera. Il mandante ha il diritto di ripetere col poeta latino: *stat pro ratione voluntas*. Il mandante può, quando vuole, non solo rivocare il mandato, ma eziandio costringere il mandatario a restituirgli lo scritto che lo comprova (art. 1758). È questo un mezzo diretto allo scopo d'impedire al mandatario la continuazione verso i terzi di un incarico che si è rivocato. I terzi però non son tenuti a conoscere la rivocazione del mandato che non è stata loro notificata. Il ritiro che ha fatto il mandante, dalle mani del mandatario, dello scritto che comprova il mandato, non è sempre sufficiente per mettere in sicuro i terzi dal trattare con una persona, i cui poteri procuratori sono stati rivocati. Nella più parte degli affari di leggier momento, i terzi trattano col mandatario senza farsi presentare il mandato. Di qui

(1) Corte di Cassazione di Firenze; sentenza dei 14 luglio 1879; negli *Annali della giurisprudenza italiana*, anno 1879, parte I, pag. 592.

(2) V. Troplong, *Du mandat*, num. 713.

la regola, che, quando i terzi hanno trattato col mandatario, nella ignoranza della rivocazione, i loro atti restano fermi. Questa regola ci lasciarono i giureconsulti romani. Dice Africano: « Placebat debitores, ei qui solvissent, liberatos esse, si modo ipsi quoque ignorassent. » (L. 41, D. *de rebus creditis*). Questa regola è sancita nell'art. 2003 del Codice francese e nell'art. 1759 del Codice italiano, del seguente tenore: « La rivocazione del mandato notificata soltanto al mandatario non può opporsi ai terzi, i quali ignorandola hanno agito in buona fede con esso, salvo al mandante il regresso contro il mandatario. » Il Troplong osserva a tal riguardo: « Droit romain, droit français, droit civil, droit commercial, tout s'incline devant le respect dû au credit; tout s'accorde pour écarter, à son profit, la subtilité logique. Vainement dirait-on que le mandataire était dépourvu de pouvoirs réels, et que tout ce qui a été fait avec une personne sans qualité n'a pas de valeur. Cette rigueur de raisonnement n'est pas reçue ici. La juste ignorance du tiers mérite plus d'égards qu'un syllogisme (1). » In rapporto ai terzi, decise a buon diritto la Corte di appello di Roma, non può tener luogo di notificazione la inserzione della revoca del mandato nella *Gazzetta ufficiale*. « Poichè la legge non determina il modo della notificazione, il mandante deve provvedere a che raggiunga pienamente lo scopo cui è destinata, sì che non rimanga una vana formalità, ed i suoi debitori, i suoi clienti ne sieno prevenuti in modo certo, altrimenti la pubblica fede richiede che i terzi sieno protetti. Chi contratta con una persona munita di mandato non ha obbligo di svolgere foglio per foglio la *Gazzetta*, per accertarsi se il mandato fu revocato, o se tuttora esista (2). »

La rivocazione del mandato può esser tacita, anche quando il mandato sia stato espresso. Essa risulta virtualmente dalla nomina di un nuovo mandatario per lo stesso affare; come è detto, in termini formali, nell'art. 1760. Il Diritto moderno adottava la decisione di Giuliano: « Eum qui dedit diversis temporibus procuratores duos, posteriorem dando, priorem prohibuisse videtur. » (L. 31, § 2, D. *de procurat.*). Su que-

(1) V. Troplong, *Ibidem*, num. 772.

(2) Corte di appello di Roma; sentenza dei 25 ottobre 1883; nella *Legge*, anno XXIV, Vol. I, pag. 341,

sto frammento il Gotofredo formulava il principio: *Posteriore procuratore constituto, prior tacite revocatus intelligitur*. Ma, come è statuito nell'art. 1760, la nomina di un nuovo mandatario per lo stesso affare produce la rivocazione del mandato conferito al precedente, *dal giorno in cui fu a questo notificata*. Il secondo mandato produce la rivocazione del primo sol quando si tratti del medesimo affare; *datus ordo ejusdem rei* (1). La notificazione al primo mandatario, di cui parla l'art. 1760, non è che un provvedimento di precauzione; essa diviene inutile, quando il primo mandatario ha avuto, in qualunque modo, notizia della costituzione del nuovo mandatario, costituzione colla quale si rivoca il suo mandato (2). La rivocazione, la quale si opera per la nomina di un nuovo mandatario, è indipendente dall'accettazione da parte di costui del mandato conferitogli. Il rifiuto del nuovo mandatario non toglie efficacia alla manifestazione implicita da parte del mandante, di ritirare la sua fiducia al mandatario precedente (3). Vuolsi notare, da ultimo, che il mandato generale non rivoca un precedente mandato speciale. « Limita, quando primus procurator fuit specialiter constitutus, et deinde alius generaliter: non enim generalis illa constitutio arguit primum fuisse revocatum; et idem dicit Rota. » Così il Menochio (4).

2) Il secondo modo di estinzione del mandato, giusta l'art. 1757, è la *rinunzia* del mandatario. Il mandatario può rinunziare al mandato notificando al mandante la sua rinunzia. Tuttavia il mandante, se tale rinunzia lo pregiudica, deve essere tenuto indenne dal mandatario, salvochè questi non possa continuare nell'esercizio del mandato senza notabile suo danno (art. 1761). Ulrico Ubero osserva che i primi due modi, *quibus solvitur mandatum,* sono *revocatio et renunciatio;* la prima, da parte del mandante; la seconda, da parte del mandatario. E soggiunge: *utraque potest fieri impune* (5).

---

(1) V. Casaregis, *Discursus legales de commercio,* Disc. XXX; Venetiis, 1740.

(2) V. Troplong, *Du mandat,* num. 787.

(3) V. Aubry e Rau su Zachariae, Vol. II, § 416.

(4) V. Menochio, *De praesumptionibus,* Lib. II, Cap. XXXVI, numero 23; Genevae, 1676.

(5) V. Ubero, *Institutionum*, Lib. III, tit. XXVII, num. 9; Lipsiae, 1725.

La ragione della facoltà riconosciuta nel mandatario di rinunziare al mandato, dopo l'accettazione di esso, è assegnata egregiamente da Arnoldo Vinnio: « Quippe quod officii causam habet mandatum, non magis reluctanti extorqueri, quam invito obtrudi nequit; nec oportet quemquam difficilem esse in eo, in quo dispendium ejus nullum vertitur. Quamobrem nec ab initio mandatarius aliter obligari intelligitur, quam sub hac disiunctione, ut aut impleat mandatum, aut in tempore renunciet (1). » Quando le cose sono ancora intere, *rebus adhuc integris,* ed il mandante è prevenuto a tempo, perchè possa provvedere da sè medesimo all'affare, o scegliere un altro mandatario, si può rinunziare senza bisogno di addurre alcuna scusa: *cum adhuc integra causa est, semper tempestive renuntiatur*, diremo col Fabro. Ma, nel caso opposto, il mandatario che rinunzia è tenuto al risarcimento dei danni. Tuttavia il mandatario rinunziante non è tenuto a questo risarcimento, semprechè non possa continuare nell'esercizio del mandato senza notabile suo danno. Alcune fra queste *justae causae* di rinunziare al mandato si trovano enunciate nel Diritto romano; ad esempio, *adversa valetudo, si majore re sua distringatur, longa peregrinatio.* Per quanto legittima sia la scusa, il mandatario, se vuole liberarsi da ogni obbligazione di risarcimento di danni, deve notificare al mandante la sua rinunzia. « Debet mandatori nuntiare, ut is, si velit, alterius opera utatur. » (L. 27, § 2, D. *mandati*). Nondimeno, per cause legittime il mandatario può ritenersi dispensato da tale notificazione; ad esempio, perchè è stato colpito improvvisamente da grave malattia, ovvero perchè trovasi in un luogo dove le corrispondenze sono straordinariamente impedite o rese molto difficili. Soggiunge il giureconsulto romano: « Si aliqua ex causa non potuit nunciare securus erit. » La frase contenuta nell'art. 1761 del nostro Codice, *notabile danno,* corrisponde a quella racchiusa nell'art. 2007 del Codice francese, *préjudice considérable.* Un illustre espositore di questo Codice, il Pont, opina che le espressioni usate dalla legge si debbono intendere *relativamente*, e non *assolutamente.* Deve istituirsi un raffronto fra il danno che soffrirebbe il mandante per la rinunzia e quello

(1) V. Vinnio, *Institutionum,* Lib. III, tit. XXVII, § 11, num. 1; Venetiis, 1754.

che il mandatario potrebbe soffrire per la esecuzione del mandato. Il mandatario non sarebbe tenuto al risarcimento, se il suo danno fosse maggiore di quello del mandante od anche eguale; ma se il suo danno fosse minore, dovrebbe eseguire il mandato, salvo il diritto di farsi indennizzare dal mandante, in base all' art. 2000 del Codice francese, cui risponde l'art. 1754 del nostro Codice. *Io non percepisco chiaramente questa proposizione*, osserva il Borsari, dopo di aver riferita la teoria del Pont. « Come si farebbe a calcolare se il danno rispettivo, che per solito è involto in torbidi elementi, sia uguale, maggiore o minore? Che la legge abbia proprio voluto che s'istituiscano indagini, lunghe e dispendiose in un contraddittorio espresso delle parti, io non posso crederlo. Di questo non si ha verun indizio nel Codice: in luogo di porre i danni sulla bilancia, esonera il mandatario dal rifonder quello che procede dalla sua rinunzia intempestiva, se gli sia stata in certo modo necessaria per isfuggire dal *danno notabile* che sarà per derivare dalla esecuzione. Certamente sotto questa grandine che lo percuote, il mandatario non ha potuto stare in sospeso per misurar quello che potrà patire lo stesso mandante per la rinunzia omai divenuta necessaria (1). » Noi accettiamo le osservazioni del Borsari. Specialmente quando la *justa causa* della rinunzia intempestiva è l'*adversa valetudo*, sarebbe strana la pretesa che il mandatario fosse tenuto alla estimazione del danno maggiore o minore; estimazione difficilissima anche nei casi ordinari, come altrove abbiamo notato.

3) Il terzo modo di estinzione del mandato è la *morte*, sia del mandante, sia del mandatario (art. 1757). « Mandatum solvitur morte. » (L. 26, D. *mandati*). Vi sono nondimeno dei casi, in cui il mandato sopravvive alla morte del mandante. Ulpiano ne porge un esempio tolto da Marcello: quando una persona incarica un' altra di erigerle un monumento dopo la morte. In tal caso l' erede del defunto avrà contro il mandatario l' azione *mandati*. « Heres ejus poterit mandati agere, ut perficiatur. » (L. 12, § 12, D. *mandati*). Anche sotto l' impero del Diritto moderno, il mandato può sopravvivere alla morte del mandante, sempreché esso non

(1) V. Borsari, *Comm. del Codice civile italiano*, Vol. IV, parte I, § 3893.

sia diretto a mascherare una donazione a causa di morte od una sostituzione fedecommessaria (1). Vuolsi pure notare, che la morte del mandante non produce la estinzione del mandato, quando questo si è conferito non solo nell'interesse del mandante, ma eziandio in quello del mandatario o di un terzo. Così, quando in un contratto fu designato un terzo nelle cui mani si dovesse fare il pagamento, e ciò sia in suo vantaggio sia in quello del debitore, il mandato del terzo non si estingue per la morte del creditore (2). Ancora: se in un contratto di costituzione d'ipoteca, il debitore ha conferito al creditore la facoltà di vendere, nel caso di non effettuato pagamento nel termine stabilito, gli immobili soggetti all' ipoteca, questo mandato non si estingue colla morte del debitore (3). Non può essere equiparato al caso della *morte* quello dell'*assenza* del mandante. Il Codice parla di morte; e nel sistema del nostro Codice, il quale su questo punto seguiva l' esempio del Codice francese, l'assente in nessun modo può ritenersi morto. Il Laurent ricorda in proposito una decisione della Corte di Bruxelles, che giudicava, in caso di assenza, doversi riconoscere la permanenza nel mandatario dei poteri a lui affidati dal mandante (4). Beninteso che i poteri del mandatario debbono cessare in sèguito, avuto riguardo agli effetti della sentenza dichiarativa dell'assenza.

In caso di morte del mandatario, i suoi eredi consapevoli del mandato debbono darne avviso al mandante, e provvedere frattanto a ciò che le circostanze richiedono per l' interesse di questo (art. 1763). La morte del mandatario è un fatto da cui potrebbero derivare gravi danni agli interessi del mandante, se gli eredi non fossero chiamati a provvedere alle necessità del momento ed a prendere i temperamenti conservativi richiesti dalla prudenza. Le obbligazioni a carico degli eredi si fondano sull'equità, e derivano naturalmente dalla fiducia che il mandante aveva riposta nel loro autore (5). Del resto, la legge sommette a tali obbligazioni gli *eredi consapevoli*

---

(1) V. Troplong, *Du mandat*, num. 732.

(2) V. Duranton, *Cours de droit français*, Vol. XVIII, num. 284.

(3) V. Aubry e Rau su Zachariae, Vol. II, § 416.

(4) Corte di appello di Bruxelles; sentenza dei 27 maggio 1830. Cit. dal Laurent, *Principes de droit civil*, Vol. XXVIII, num. 62.

(5) V. Troplong, *Du mandat*, num. 830.

del mandato. Come presso gli eredi si ammette l' ignoranza del deposito fatto al loro autore (art. 1851), così doveva ammettersi parimente l' ignoranza del mandato conferito alla persona ch'essi rappresentano. Come osserva benissimo il Troplong, la prova di questa ignoranza dipende dalle circostanze che verranno estimate dall' autorità giudiziaria. Talvolta il mandatario esercita pubblicamente una professione di cui il mandato è la essenza. Talvolta si tratta di una persona nella cui vita il mandato è un accidente isolato. Talvolta gli eredi, pur conoscendo la qualità di mandatario di cui il loro autore era rivestito, non conoscono il nome o l'abitazione del mandante. Riesce impossibile lo stabilimento di una regola generale a questo riguardo. Come dianzi si è detto, la estimazione delle diverse circostanze di fatto è abbandonata alla prudenza del magistrato.

4) Il quarto modo di estinzione del mandato è la *interdizione* sia del mandante, sia del mandatario (art. 1757). Notava in proposito il sommo Cuiacio: « Mandatum finitur furore, qui est privatio voluntatis: nam est mentis ad omnia coecitas (1). » La interdizione del mandante prova ch'egli è incapace di quel *consenso,* necessario non solo pel conferimento, ma eziandio per la continuazione del mandato. La interdizione del mandatario priva costui della facoltà di provvedere ai propri affari e lo mette sotto tutela, e quindi deve tôrgli a maggior ragione la facoltà di compiere un affare per conto di un'altra persona, da cui ne ha ricevuto l' incarico, lo rende incapace a curare *aliena negotia.* Dobbiamo richiamare, in rapporto a questa causa di estinzione del mandato, una massima fermata dalla Corte di appello di Torino: « La interdizione del mandante facendo cessare il mandato, l'istanza giudiziaria introdotta dal mandatario che conosce tale interdizione è assolutamente nulla; e non vale tampoco ad interrompere la decorrenza del quinquennio di tempo utile per proporre l' azione in rescissione. Indarno pretende alla ignoranza della interdizione del mandante il mandatario, il quale dimori nel paese stesso del mandante che subiva l' interdizione, e che sia inoltre congiunto in parentela col medesimo (2). »

(1) V. Cuiacio, *Recitationes solemnes,* Ad L. 16, tit. I, Lib. XXXVII, D. (Vol. VIII, col. 19 dell'ediz. napoletana del 1758).

(2) Corte di appello di Torino; sentenza dei 28 ottobre 1867; nella *Giurisprudenza italiana,* anno 1867, parte II, pag. 660.

5) Il mandato si estingue ancora pel *fallimento* sia del mandante, sia del mandatario (art. 1757). Quando si tratta del fallimento del mandatario, è chiaro che costui non presenta più alcuna guarentigia per la esecuzione delle obbligazioni che derivano dal mandato: quindi il contratto non può continuare a sussistere. Quando si tratta del fallimento del mandante, la permanenza del mandato mal potrebbe conciliarsi con gli effetti della dichiarazione di fallimento. Richiamiamo in proposito il testo dell'art. 699 del Codice di commercio: « La sentenza che dichiara il fallimento priva dalla sua data, di pieno diritto, il fallito dell'amministrazione dei suoi beni, ed anche di quelli che gli pervengano durante lo stato di fallimento. Le azioni competenti al fallito, ad eccezione di quelle che riguardano i suoi diritti strettamente personali o estranei al fallimento, non possono essere esercitate che dal curatore. Dal giorno della dichiarazione del fallimento, nessuna azione contro il fallito riguardante i suoi beni mobili od immobili e nessun atto esecutivo sui beni stessi può promuoversi o proseguirsi, se non contro il curatore. » Il Codice francese (art. 2003) statuisce la estinzione del mandato nel caso di *déconfiture*, cioè nel caso di *non solvenza*, sia del mandante, sia del mandatario. Il nostro Codice, con savio consiglio, non parla di questa causa di estinzione del mandato. La *non solvenza* è un fatto incerto; non si può determinare con precisione il momento in cui si verifica.

6) Il mandato si estingue per la *inabilitazione* del mandatario o del mandante, se oggetto del mandato siano atti ch'essi non potrebbero fare direttamente senza l'assistenza del curatore (art. 1757). Giusta l'art. 339, l'inabilitato è incapace di fare di propria autorità gli atti che eccedono la semplice amministrazione. Sebbene la condizione giuridica della donna maritata non si possa equiparare a quella dell'inabilitato, siccome abbiamo osservato in sede opportuna, svolgendo la teoria dell'autorizzazione maritale, il Codice, per ragioni speciali, statuisce, nel capoverso dell'art. 1743, che la moglie non può accettare mandato senza l'autorizzazione del marito. *Quid juris*, nel caso che una donna contragga matrimonio mentre è ancora in vita il mandato da essa ricevuto in tempo di piena capacità? Nel sistema della legge, l'autorizzazione maritale necessaria per accettare il mandato, lo è del pari per continuare in esso, ove il mandato siasi conferito prima del ma-

trimonio. Le ragioni per le quali l'autorizzazione è richiesta in un caso, militano pure nell'altro. D'altronde l' incapacità, in qualunque tempo sopravvenga, produce sempre il suo effetto. Se il matrimonio sia anteriore al mandato, impedirà che questo abbia efficacia senza l'autorizzazione maritale; ove sia posteriore, impedirà ch' esso continui senza tale autorizzazione (1).

Dopo stabilite le cause che mettono fine al mandato, il Codice tien parola di alcune circostanze speciali, che fan durare le obbligazioni del mandato anche avveratasi una causa di estinzione del medesimo. « Solvi mandatum, sed obligationem aliquando durare. » (L. 26, D. *mandati*). Queste circostanze son due: 1.° L'ignoranza in cui trovasi il mandatario degli avvenimenti che han posto fine al mandato; 2.° L'ignoranza in cui sono i terzi di questi avvenimenti. Quindi statuisce l'art. 1762: « È valido ciò che fa il mandatario, in nome del mandante, nel tempo che ignora la morte di lui od una delle altre cause per cui cessa il mandato, purchè siano in buona fede coloro coi quali contratta. » Questa disposizione non è conforme al *summum jus:* cessata la qualità di mandatario, deve ritenersi destituito di qualunque efficacia ciò che si è operato in considerazione di tale qualità. Ma non bisogna dimenticare che il *summum jus* spesse volte si converte in *summa injuria.* Il Diritto moderno ha calcato le orme del Diritto romano, nel sancire la regola fermata nell'art. 1762; il giureconsulto Paolo notava che questa regola fu stabilita *utilitatis causa* (L. 26, D. *mandati*). Ed il Troplong osserva a tal riguardo, che la utilità, di cui parla il giureconsulto romano, qui procede di accordo colla morale. Essa si confonde colla buona fede, col credito. « Quand l' utilité a la bonne fortune de se rencontrer ainsi avec la raison philosophique, nous la tenons pour digne de tous nos égards (2) » L' interprete deve far plauso al sistema accolto dal legislatore.

Gli antichi scrittori ammettono anche altre cause di estinzione del mandato, ch'essi chiamano *conjecturae quod dicatur revocatum mandatum.* Ne ricordiamo due enunciate dal Menochio: « Quando exorta est capitalis inimicitia inter domi-

(1) V. Ricci, *Corso teorico pratico di diritto civile,* Vol. IX, num. 99.
(2) V. Troplong, *Du mandat,* num. 811.

num et procuratorem. Quando procurator ille tanquam persona honesta fuit electus, et deinde effectus est nequam et facinorosus (1). » Nel Diritto moderno questi fatti possono muovere il mandante a rivocare il mandato; ma non si può parlare di congetture di rivocazione. Ciò che preme di osservare si è che, oltre quelle enunciate in questo capitolo del Codice, si debbono ammettere altre cause di estinzione del mandato, che derivano dai principî del Diritto comune. Se il mandato è a termine, esso deve ritenersi estinto trascorso questo termine. Se il mandato si è conferito *sub conditione resolutiva,* per effetto di questa condizione debbono cessare i poteri del mandatario. Ancora: cessa il mandato, poi che è stato assolto l'affare di cui era incaricato il mandatario, ovvero poi ch'è perita la cosa che formava oggetto del mandato. Ma perchè l'autore della legge non ha, sotto il titolo presente, enunciato questi modi di estinzione del mandato? *Quasi per istanchezza,* risponde il Borsari (2). E non è più seria la ragione da noi sopra accennata, che questi modi di estinzione promanano dai principî generali del diritto, e quindi l'autore della legge non ha creduto necessario di richiamarli in termini espressi?

157. Della transazione.

Bibliografia. — 1.° Colins, *Dissertatio de transactionibus* (Gand, 1822);— 2.° Redlich, *Comm. de transactionibus* (Lipsiae, 1824); — 3.° Marbaud, *Traité des transactions* (Paris, 1824);—4.° Cords, *De alimentorum transactionibus* (Goett. 1838);—5.° Febvay, *Des transactions* (Paris, 1853); — 6.° Lobinhes, *Des transactions* (Paris, 1854); — 7.° Troplong, *Des transactions* (Paris, 1854);—8.° Bonfils, *Des transactions* (Toulouse, 1863); — 9.° Bezou, *De la transaction* (Paris, 1863); — 10.° Dumas, *De la transaction* (Paris, 1871);—11.° Garnier, *Des transactions* (Dijon, 1874);—12.° Jobard, *Des transactions* (Paris, 1876); — 13.° De Crescenzio, *Osservazioni intorno alla efficacia delle transazioni in questioni di stato* (nel *Foro italiano,* anno 1878, parte I, pag. 203 e seg.); — 14.° Scevola, *La transazione nel Diritto italiano* (Torino, 1887); — 15.° Mirabelli, *Della transazione* (nei *Contratti speciali,* Napoli, 1894).

---

(1) V. Menochio, *De praesumptionibus*, Lib. II, Cap. XXXVI, numeri 24 a 26; Genevae, 1676.

(2) V. Borsari, *Comm. del Codice civile,* Vol. IV, parte I, § 3894.

Presso i Romani la voce *transazione,* in un significato ampio, designava qualunque conclusione definitiva di un affare. Osvaldo Illigero, nelle sue dotte annotazioni ai *Commentarii juris civilis* del Donello, riferisce in proposito il testo di Seneca: « Placet tibi rem jurejurando transigi. » Ed anche presso i moderni, in un largo significato, si chiamano *civili transazioni* tutte le convenzioni mediante le quali le persone si mettono di accordo sui loro affari ed interessi. Ma in questo titolo la voce *transazione* è presa in un significato ristretto; nel medesimo significato che si dà a questa voce nel titolo XV del Libro II delle Pandette e nel titolo IV del Libro II del Codice giustinianeo. Chiamasi transazione la convenzione che termina e previene una lite, la convenzione la quale ha riguardo *litigiis jam motis et pendentibus, seu postea movendis,* giusta la formola degli imperatori romani. Bartolo, nelle sue glosse sopra una Costituzione di Antonino, notava che la transazione deve essere annoverata fra i contratti più utili alla comunanza civile ed agli interessi dei privati (1). Secondo Cicerone: « Proprium hoc statuo esse virtutis conciliare animos hominum (2). » L' avviso di Bartolo e di Cicerone è confortato dall'autorità della sapienza popolare: *Meglio un magro accordo che una grassa sentenza.* Il Troplong ricorda la bella preghiera che la Chiesa rivolge a Dio in uno dei suoi inni: « Dissolve litis vincula; Astringe pacis foedera (3). » Non insegna forse la pratica del Foro, che molte volte le famiglie son ridotte alla miseria, non ostante le *grasse sentenze* che hanno ottenute nella lunga serie delle lotte giudiziali (4)?

---

(1) V. Bartolo, Ad L. 1, princ. Cod. *de transactionibus.*

(2) V. Cicerone, *De officiis,* II, 5.

(3) V. Troplong, *Des transactions,* num. 2.

(4) Nel secolo XVII, come riferisce il Voltaire nel *Dizionario filosofico*, un avvocato inglese, coi frutti della professione, costruì uno splendido edifizio, e vi appose questa iscrizione: *discordia civium, concordia lapidum.* È noto l'adagio latino: « Melior est certa pax, quam sperata victoria. » Un illustre giureconsulto così commentava questo adagio: « Est transactionis finis evitare litis molestias, et finire potius, quam inter spem metumque rabulis se submittere, et si perdendum quidpiam, celeriter potius interire, quam inter perpetuos formularum aestus torrefieri. » E ricordava le parole di Grozio: « Si spectentur,

L'art. 1764 così definisce la transazione: un contratto, con cui le parti, dando, promettendo o ritenendo ciascuna qualche cosa, pongono fine ad una lite già cominciata o prevengono una lite che può sorgere. Questo contratto richiede per la sua esistenza il concorso di tre condizioni:

1.° Il consenso delle parti; il quale, salvo quanto trovasi disposto nell'art. 1772 relativamente all'errore, è governato dai principî generali in tema di obbligazioni contrattuali.

2.° L'esistenza attuale o la possibilità di una contestazione fra le parti. Una transazione intorno a diritti che non avessero assolutamente nulla di dubbioso, od intorno a pretese prive evidentemente d'ogni sorta di fondamento, dovrebbe considerarsi come senza causa, e quindi come non avvenuta. Ma il ragionevole timore di una lite non ancora promossa, o il menomo dubbio sul risultato di una lite pendente basta per essere causa di una transazione (1). « Sufficit metus litis instantis, vel eventus dubius litis pendentis.» (L. 65, § 1, D. *de condict. indebiti*). Una lite decisa con sentenza in ultima istanza, semprechè tale sentenza è suscettiva di essere impugnata con un gravame straordinario, può eziandio formare oggetto di una transazione, in quanto concerne l'ammissibilità e le conseguenze di tale gravame. Del resto, come insegnano gli scrittori, la convenzione su diritti che non avevano ombra di dubbio, sebbene inefficace, come transazione, può, secondo le circostanze, ritenersi efficace nella qualità di una semplice rinunzia. Ecco perchè la legge non concede l'azione di nullità contro la transazione fatta su documenti falsi, ovvero sopra una controversia finita con sentenza passata in giudicato, se non quando la parte che impugna la transazione ignorava l'esistenza della sentenza o la falsità dei documenti.

3.° Una reciprocità di concessioni o di sacrifizi da canto

---

quae plerumque litibus solent accedere, animus exulceratus, vafrae artes, sine fine ampliatio, impendia, avocatio a negotiis melioribus, odia denique, non dubium est, quin vir bonus et prudens multo si possit libentius sit iturus ad Arbitrum, aut etiam quavis tolerabili pactione tot molestias redempturus. » (Hieronymi Gundlingii, *Diatriba de transactione testamenti tabulis non inspectis;* Halae Salicae, 1750).

(1) V. Zachariae, *Cours de droit civil,* Vol. II, § 418.

di ciascuna delle parti. Per questo carattere la transazione si distingue dalla semplice rinunzia, dalla rimessione del debito, dalla desistenza e dall'acquiescenza. Del resto, *transactionibus receptum est ut pro modico magna amittamus.* In altre parole, non si richiede che le rispettive concessioni delle parti siano della stessa importanza, ed equivalgano perfettamente le une alle altre (1).

Nel sistema del Codice italiano, la transazione deve farsi necessariamente per atto pubblico o per scrittura privata (articolo 1314, num. 7). Nel seno della Commissione Coordinatrice, il Precerutti propose di limitare la necessità dello scritto alle transazioni sopra diritti riflettenti beni stabili. « Tra due individui, ad esempio, si transige mediante il pagamento di una somma di danaro fatto dall'uno all'altro *brevi manu:* diremo forse che questa transazione sia nulla perchè manca una scrittura? » Ma la Commissione non accolse la proposta, specialmente per l'osservazione fatta dal Niutta: « Importare assai che risulti da uno scritto della transazione avvenuta; così avrassi una maggior certezza ch'essa ebbe luogo, e si eviteranno nuove liti che potrebbero sorgere quando della transazione non constasse in modo positivo e innegabile (2). »

In tema di transazioni, tenuto conto del sistema del Codice, quando non si è fatto ricorso ad un documento scritto, la transazione deve giudicarsi inesistente, e quindi incapace di conferma. Come insegnava il Merlino: « Ratificatio convalidat ea quae pendent ab animo, secus quae ab aliqua forma, vel ex alia exteriori potentia. » E richiamava la sentenza di Baldo: « Plus potest legis virtus productiva, et consensus remotiva, quam privata temeritas actus impossibilis valitiva (3). » Il Codice statuisce espressamente nell'articolo 1310, che non si possono sanare con verun atto confermativo i vizi di un atto nullo in modo assoluto per difetto di formalità.

Del resto questa solennità della scrittura, che il Codice impone per le transazioni e per altri atti importanti della vita civile, ai tempi nostri non può giudicarsi una condizione esorbitante, come certo sarebbe stata considerata in altri tempi,

---

(1) V. Duranton, *Cours de droit français,* Vol. XVIII, num. 391 e 392.

(2) Verb. num. 39 della Commissione Coordinatrice.

(3) V. Merlino, *Controversiarum forensium,* Centuria II, Cap. C, num. 49 a 51; Neapoli, 1646.

quando, come nota G. B. Vico, nel Libro secondo della *Scienza nuova*, e propriamente dove parla della *sapienza poetica,* il numero di coloro che sapevano scrivere era così scarso, « che per una legge Inghilese fu ordinato, che un *reo di morte, il quale sapesse di lettera*, *come eccellente in arte*, *egli non dovesse morire.* » Ai tempi nostri *educare*, *o almeno far vista*, *è moda;* e quindi il legislatore poteva benissimo imporre la condizione enunciata superiormente. E, quando si avvera il caso che i contraenti sono *indotti idioti* (anche queste son parole di Vico), si può sempre far ricorso all'atto pubblico, e così sarà prestato ossequio agli ordinamenti della legge.

La transazione è un titolo traslativo, ovvero un titolo dichiarativo? La importanza pratica di tale quistione si ravvisa nel caso di garantìa; imperciocchè, se la transazione è un titolo traslativo, la garantìa è dovuta, come si deve nella vendita. Non è dovuta la garantìa, se la transazione è un titolo puramente dichiarativo. Per regola generale, avuto riguardo alla sua natura, la transazione è puramente dichiarativa; essa non crea il diritto, riconosce il diritto che preesisteva. Ben è vero che colui il quale rinunzia a un diritto, dopo averne sostenuto il fondamento, fa un sacrifizio; a suo riguardo il contratto assume il colore di una alienazione. Ma l'altra parte, nel cui favore ha luogo la rinunzia, e che pretende egualmente fondato il suo diritto, non ritiene che è fatta un'alienazione a suo profitto. Ritiene, invece, che le si lascia ciò che le appartiene, che si riconosce la giustizia delle sue pretese. In questo stato di cose la legge non vuole che si discuta ulteriormente sopra un contratto che ha per fine di mettere una pietra sepolcrale sulle contestazioni vicendevoli. La legge ama meglio supporre, che ciascuna delle parti non ha fatto che rendersi una giustizia volontaria, ed inchinarsi innanzi alla verità. La transazione dunque, per sua natura, *est sola liberatio controversiae,* come insegnava Molineo. Ma quando, in una transazione, una delle parti dà all'altra, in corrispettivo della rinunzia ch'essa ha fatto, una cosa che non formava materia della contestazione, riesce evidente che in rapporto a questa cosa la transazione non costituisce un titolo dichiarativo. La parte, cui si è dato il fondo Semproniano, perchè non avanzi più alcuna pretesa sul fondo Tusculano, avrà diritto alla garantìa; essa non ha mai so-

stenuto di avere il dominio del fondo Semproniano che l'è stato dato in corrispettivo della rinunzia alle pretese avanzate sul fondo Tusculano (1).

Passiamo alle condizioni richieste per la validità della transazione: 1.° Per far transazione è necessario che si abbia la capacità di disporre degli oggetti compresi in essa (articolo 1765). *Qui transigit, alienat.* Questo principio fondamentale in tema di transazione, che *transigere est alienare,* deve giudicarsi esatto anche in rapporto alla parte cui la transazione attribuisce integralmente il diritto litigioso, imponendole il peso di pagare all'altra una somma di danaro ovvero di assolvere un'altra prestazione. E, veramente, quegli il quale, per conservare il suo diritto, è costretto a sacrificare qualche cosa, l'aliena in parte. La transazione è dunque un atto di disposizione, e logicamente il Codice la permette soltanto a coloro che hanno la capacità di disporre degli oggetti compresi nella medesima (2). Queste considerazioni, sanamente intese, non sono in contraddizione con quello che abbiamo precedentemente osservato circa la natura della transazione. 2.° Il consenso necessario in fatto di transazione deve riunire le condizioni richieste per l'efficacia del consenso in generale. Quindi l'art. 1773 ammette l'azione di nullità contro una transazione nei casi di dolo, di violenza o di errore sopra la persona o l'oggetto della controversia. Ma, per eccezione ai principî generali, l'errore di diritto che ha potuto determinare alla transazione una delle parti, non è punto di ostacolo alla validità di essa (art. 1772). 3.° La transazione può farsi sopra ogni sorta di diritti, qualunque ne sia l'origine e la natura, e quand'anche siano eventuali o subordinati ad una condizione. Si può transigere anche sopra un'azione civile che provenga da un reato: la transazione non è però d'ostacolo al procedimento per parte del pubblico ministero (art. 1766).

Per eccezione alla regola generale non si ammette transazione: A) Sopra diritti che non possono formare oggetto di convenzione; ad esempio, sopra diritti eventuali ad una successione non ancora aperta (art. 1118). B) Sopra diritti che

(1) V. Troplong, *Des transactions,* num. 10.

(2) V. Baudry-Lacantinerie, *Précis de droit civil,* Vol. III, numero 988; Paris. 1892.

non sono in commercio; ad esempio, sopra controversie relative o allo stato di una persona, o ai diritti della podestà patria o dell'autorità maritale, o sopra una domanda per separazione personale. Ma si può transigere sopra interessi meramente pecuniari subordinati allo stato di una persona, sebbene questo stato sia controverso tra le parti (1). C) Sopra alimenti dovuti *jure sanguinis et naturae*: questo divieto è un corollario del principio che vuole inalienabili siffatti alimenti (2). Ma qui crediamo necessario un chiarimento. Certo non si nega al creditore e al debitore degli alimenti il diritto di transigere sull'ammontare dei medesimi. Però questa transazione non rende *irrevocabile* la determinazione fatta di accordo, nel caso che in sèguito sia sopravvenuta una mutazione nelle condizioni di chi riceve o di chi somministra gli alimenti. La giureprudenza delle Corti italiane ha più volte affermata questa dottrina.

Quali sono gli effetti della transazione? Essa ha fra le parti l'autorità di una sentenza irrevocabile (art. 1772). Dalla medesima deriva una eccezione analoga a quella della cosa giudicata, *exceptio litis per transactionem finitae*. Siffatta eccezione, al pari di quella della cosa giudicata, allora soltanto puossi opporre quando concorrano le condizioni e non si sorpassino i confini precisati nell'art. 1351. In applicazione di questo principio, statuisce il Codice: 1.° La transazione non si estende oltre ciò che ne forma l'oggetto; la rinunzia fatta a tutte le ragioni ed azioni comprende soltanto ciò che è relativo alle controversie, le quali hanno dato luogo alla transazione (art. 1768). « Iniquum est perimi pacto id de quo cogitatum non est. » (L. 9. D. *de transact.*). 2.° Le transazioni non pongono fine se non alle controversie le quali sono state indicate, sia che le parti abbiano manifestata la loro intenzione con espressioni speciali o generali, sia che risulti tale intenzione come necessaria conseguenza di ciò che è stato espresso (art. 1769). « Lites de quibus cogitatum non est, in suo statu retinentur. » (L. 5, D. *Ibidem*). 3.° Colui che ha fatto transazione sopra un diritto suo proprio, se acquista in appresso simile diritto da altra persona, non resta vincolato dalla transazione precedente in quanto al diritto nuova-

(1) V. Zachariae, *Cours de droit civil*, Vol. II, § 420.

(2) V. Troplong, *Des transactions*, num. 95.

mente acquistato (art. 1770). Dicevano i Dottori: « Transactio non porrigitur ad jus postea quaesitum, licet simile sit. »
4.° La transazione fatta da uno degli interessati non obbliga gli altri, e non può essere opposta da essi (art. 1771). Questa regola è tratta da una Costituzione dell'imperatore Antonino. Tre tutori aveano amministrata la tutela in comune, ed il minore avea transatto con due di essi soltanto; l'imperatore decide che le azioni restano intere verso il terzo (L. 1. Cod. *de transact.*).

Dal principio, che tra le parti la transazione ha l'autorità di una sentenza irrevocabile, non si deve ricavare la conseguenza, che la transazione non è soggetta a risoluzione se una delle parti non adempia agli obblighi assunti. Osserveremo in proposito col Supremo Collegio di Napoli, che, se la transazione ha l'autorità della cosa giudicata, non è però la cosa giudicata, appunto perchè, ciò non ostante, rimane quello che è, cioè un vero contratto. È dunque, non una trasformazione, ma una assimilazione che il legislatore fa, reputando che mercè la transazione le parti abbiano da loro giudicata e decisa la propria causa; quindi è, che, salvo ciò, per tutt'altro la transazione rimane sommessa a tutte quelle regole, siano generali, siano speciali, che promanano sempre dall'indole sua propria, ch'è quella di un vero e genuino contratto, per niente applicandovisi ciò che è disposto per la esecuzione e la rivocazione dei giudicati. Si fraintende pertanto lo spirito ed il valore di questa assimilazione, quando si dice che, come non può chiedersi la risoluzione del giudicato nel caso in cui una delle parti non vi ottemperi, ma deve agirsi per l'esecuzione forzata dello stesso, così del pari l'inadempiente agli obblighi contratti colla transazione deve essere costretto a darvi esecuzione, senza che possa la transazione risolversi (1).

Nelle transazioni si può stipulare una pena contro chi non le adempie (art. 1767). I commentatori del Codice Napoleone non son d'accordo nel determinare le conseguenze della stipulazione di questa clausola penale. Si può nello stesso tempo domandare la pena e l'esecuzione della transazione? Il Codice italiano, nel capoverso dell'articolo 1767, ha sancita

(1) Corte di Cassazione di Napoli; sentenza dei 21 giugno 1878; nel *Giornale delle leggi*, anno X, num. 11.

l'opinione più sana e più conforme all'indole della transazione, che tende appunto ad eliminare le liti: questa pena, ivi è detto, tiene luogo di compenso pei danni cagionati dal ritardo, fermo tuttavia l'obbligo di adempiere la transazione. Ma quale si è la vera intelligenza della disposizione racchiusa nell'articolo 1767? Dice il Ricci: « Questa disposizione non è che una conseguenza dei principii generali di diritto (1). » E il Borsari: « Se la obbligazione è di natura tale che debba adempiersi formalmente e nei modi intesi entro un certo tempo, la clausola penale non si figura principale, ma addietta; e questo dichiara l'articolo 1767 nella seconda parte, *fermo tuttavia l'obbligo di adempiere la transazione,* che non può esserlo che in un dato modo, da non diluirsi, useremo questa frase, in un prezzo qualsiasi (2). » Noi non ci arresteremo sulla proprietà della formola, della obbligazione che *si diluisce* nel prezzo; osserveremo soltanto che non può accettarsi la interpretazione data dal Ricci e dal Borsari dell'articolo 1767 del Codice. La disposizione racchiusa in questo articolo non è una conseguenza dei principî generali di diritto; è invece un ordinamento speciale che il legislatore ha stimato opportuno di statuire in tema di transazione. E spieghiamo il nostro concetto. Giusta il capoverso dell'articolo 1212, dove è fermata la teoria generale degli effetti della clausola penale, il creditore non può domandare nel tempo medesimo la cosa principale e la pena, *quando non l'abbia stipulata pel semplice ritardo.* All'opposto, in tema di transazione, il Codice dispone, che la pena tiene luogo di compenso pei danni cagionati dal ritardo, fermo tuttavia l'obbligo di adempiere la transazione. Adunque, in tema di transazione, in caso di ritardo si può domandare insieme l'esecuzione del contratto e il pagamento della penale, *quantunque la pena non sia stata espressamente stipulata pel semplice ritardo.* Questa derogazione al sistema generale, come bene osserva il Mirabelli (3), si spiega col favore che meritava il contratto di transazione.

---

(1) V. Ricci, *Corso teorico pratico di diritto civile*, Vol. IX, numero 114.

(2) V. Borsari, *Comm. del Codice civile italiano,* Vol. IV, parte I, § 3905.

(3) V. Mirabelli, *Della transazione,* num. 30; Napoli, 1894.

In quali casi si possono impugnare le transazioni? Ogni transazione puossi impugnare ccme mancante di causa, quando i diritti di una delle parti non aveano assolutamente nulla di dubbioso, ovvero quando le pretese di una delle parti erano evidentemente prive di qualsiasi fondamento. Giusta la vera teoria, la transazione in tal caso dovrebbe considerarsi come *inesistente*. Ma, secondo la teoria accolta dal Codice, il quale concede *un'azione di nullità*, la si deve riguardare come semplicemente *nulla* (1). In applicazione di questo principio il Codice stabilisce: 1.° Si può impugnare una transazione che sia stata fatta in esecuzione di un titolo nullo, salvo che le parti abbiano espressamente trattato della nullità (art. 1774). 2.° La transazione fatta sopra documenti, che si sono in appresso riconosciuti falsi, è interamente nulla (art. 1775). Su questo punto il Diritto moderno è più rigoroso del Diritto romano, il quale ammetteva la divisibilità dell'atto. « Si de pluribus causis vel capitulis eaedem pactiones seu transactiones initae fuerint, illa tantummodo causa vel pars retractetur quae ex falso instrumento composita convicta fuerit, aliis capitulis firmis manentibus. » (L. 42, Cod. *de transact.*). 3.° E parimente nulla la transazione di una lite che fosse finita con sentenza passata in giudicato, della quale le parti o una di esse non avesse notizia (art. 1776). 4.° La transazione è nulla quando, essendo intervenuta su di un oggetto determinato, resti provato dai documenti posteriormente scoperti, che una delle parti non aveva alcun diritto sopra lo stesso oggetto. Invece, allorchè le parti hanno fatta transazione generalmente sopra tutti gli affari che potessero esservi fra loro, i documenti che erano loro ignoti in quel tempo e che posteriormente si sono scoperti, non costituiscono un titolo per impugnare la transazione, salvo che siano stati occultati per fatto di una delle parti contraenti (art. 1777). Tale distinzione non era ammessa nel Diritto romano. « Sub praetextu instrumenti post reperti, transactionem bona fide finitam, rescindi jura non patiuntur. » (L. 19, C. *de transact.*).

Ogni transazione puossi impugnare quando manchi una delle condizioni richieste per la sua validità; e noi superiormente abbiamo indicate queste condizioni.

Le transazioni non possono impugnarsi per causa di le-

(1) V. Aubry e Rau su Zachariae, Vol. II, § 422.

sione; ma deve essere corretto l'errore di calcolo (art. 1772). Bartolo ed altri giuristi ritennero, che quando la lesione era *enormissima*, si poteva impugnare la transazione per causa di dolo. Ma tale opinione non si può accettare; imperciocchè il dolo si deve provare *ex qualitate facti,* non già argomentare dalla quantità della lite transatta. D'altra parte, non il diritto dei litiganti, ma il dubbio evento della lite è la causa della transazione: *si lis fuerit, hoc ipsum quod a lite disceditur, causa videtur esse* (L. 65, § 1, D. *de condict. indebiti*). Ora « il dubbio evento della lite è cosa di sua natura insuscettibile di certa estimazione. Le opinioni degli uomini son tanto varie quanto le fisonomie; e siccome fu già detto non esservi paradosso, che non fosse sostenuto da qualche filosofo; così si scorge nessuna opinione in giurisprudenza non avere i suoi patrocinatori, e spesso una opinione aver trionfato nel Foro in un'epoca, ed essere stata rigettata in un'altra. Negli stessi santuarî della giustizia, cioè nei collegi dei giudici, quanti dispareri non si veggono tuttodì, e spesso taluni hanno per evidentemente vero ciò che altri giudicano evidentemente falso! E se la legge riconosce come una verità legale il giudicato, non è già perchè sia sicura della giustizia, ma perchè è necessario imporre un termine alle liti (1). » Il card. de Luca ricorreva a questo argomento per combattere la sentenza di Bartolo: « Nimium difficile, et quodammodo moraliter impossibile videtur talem laesionem concludere, dum attendendus non est ipsius rei intrinsecus et naturalis valor, cum arithmetica proportione inter ipsum valorem, ac pretium, seu aliam aequivalentiam in contractum deductam, sed valor metiri debeat ab aestimatione dubii et incerti litis eventus, quae aestimatio videtur impossibilis (2). » Il Cuiacio, il Donello, il Voet, il Perezio, ed altri moltissimi interpreti del Diritto romano furono del medesimo avviso. Il presidente Fabro acconciamente notava, che « admisso Bartoli somnio, fieri non potest ut litium finis ullus per transactionem constituatur. » In forza della teoria propugnata da Bartolo, nella pratica la

---

(1) Abbiamo riferite le parole di Francesco Ricciardi, che si leggono nella sua Allegazione dal titolo: *Ragioni della Duchessa di Tursi e del Principe di Melfi, contro il Principe di Alessandria, nel Sacro Regio Consiglio a Ruote giunte;* Napoli, 1805.

(2) V. De Luca, *De usuris*, Disc. XX, num. 8; Venetiis, 1726.

transazione sarebbe considerata *ad instar caeterorum contractuum*. E questo « quam ridiculum futurum sit ex eo apparet quod etiamsi error calculi semper exceptus intelligatur, etiam in transactione, si tamen super ipso calculi errore transactum sit, transactio omnimode tenet (1). » In queste province meridionali d'Italia è celebre la Decisione del Sacro Regio Consiglio, colla quale fu riprovata l'opinione di Bartolo. Matteo de Afflictis, dopo di aver riferita la dottrina di questo giureconsulto, soggiunge: « Contraria opinio est verior, et pro hoc facit, quia transactio inducta est, ut sit litium finis. Et sic Sacrum Consilium tenuit contra opinionem Bartoli (2). »

158. Della costituzione di rendita.

Bibliografia. — 1.° De Boccatiis, *De censibus, super Constitutionibus Pii V, Martini et Calisti* (Romae, 1590);— 2.° *Tractatus varii de censibus* (Augustae Taurinorum, 1612);—3.° Zollii, *De censu reservativo* (Rintelii, 1705);—4.° Aulisii, *De censibus* (Neapoli, 1720);— 5.° Boehmeri, *De vario censuum signif. et jure* (Halae, 1722); — 6.° De Luca, *De censibus* (Venetiis, 1726);—7.° Joachimus, *De censu constitutivo et reservativo* (Lipsiae, 1727);—8.° Nehrmann, *De jure censitico* (Lundini-Gothorum, 1732);—9.° Sorberi, *Commentatio de censu constitutivo seu mutuo palliato* (Jenae, 1746);— 10.° Foelix et Henrion, *Traité des rentes foncières* (Paris, 1828);—11.° Laborde, *Des rentes* (Paris, 1853);—12.° Astrié, *Des rentes* (Paris, 1853); — 13.° Wallut, *Des intérêts et des rentes* (Paris, 1854);—14.° Fayau, *Des rentes perpétuelles* (Paris, 1856); — 15.° Hallier, *Des rentes constituées et foncières* (Paris, 1858);— 16.° Boivin, *Des rentes perpétuelles sur les particuliers et sur l'État* (Paris, 1872);—17.° Vialla, *Des rentes perpétuelles* (Paris, 1875); — 18.° Janigro, *Esposizione giuridica ed economica e storia dei censi consegnativi e riservativi, nonchè della enfiteusi* (Napoli, 1876);—19.° Fulci, *Poche osservazioni sulla rendita fondiaria* (nella *Temi Zanclea*, anno 1878, pag. 33 e seg..);—20.° Lacroix, *De la rente constituée en perpétuel*

---

(1) V. Fabro, *De erroribus pragmaticorum*, Dec. VII, err. X; Lugduni, 1658.

(2) V. De Afflictis, *Decisiones Sacri Regii Consilii Neapolitani,* Decis. CCXX, num. 3; Venetiis, 1635.

sur les particuliers et des rentes sur l'État (Paris, 1880);—21.° Mirabelli, *Delle rendite perpetue nuove e vecchie, e delle rendite vitalizie* (Napoli, 1892);—22.° Corbella, *Historia juridica de las diferentes especies de censos* (Madrid, 1893).

Dicesi rendita, in generale, un credito, di cui il creditore non può esigere il rimborso; ma in virtù del quale gli son dovute delle annue prestazioni in danaro o in derrate. Gli elementi sostanziali di questa definizione, che abbiamo mutuata dallo Zachariae (1), si trovano nell'art. 1778 del Codice, così concepito: Si può stipulare una rendita ossia annua prestazione in danaro o in derrate, mediante la cessione di un immobile od il pagamento di un capitale, che il cedente si obbliga a non più ripetere.

La rendita si può stipulare perpetua o vitalizia (articolo 1779).

Seguendo l'ordine del Codice qui parleremo della rendita perpetua, di cui si distinguono due specie: la rendita semplice o censo, e la rendita fondiaria.

La rendita costituita mediante un capitale si chiama *rendita semplice* o *censo,* e debbe essere assicurata con ipoteca speciale sopra un fondo determinato; altrimenti il capitale è ripetibile (art. 1782). Il capitale, mediante il quale si è costituita la rendita semplice, è per regola *demortuus* pel creditore. È perciò necessario che venga a lui data una guarentigia pel pagamento dell'annua prestazione.

La rendita semplice nell'antica giurisprudenza dicevasi *censo consegnativo*, *quandocumque, compra di annue entrate.* Il censo consegnativo fu riconosciuto dalle Bolle di Martino V, Callisto III e Pio V; in queste province meridionali d'Italia è celebre la Bolla di Niccolò V, inserita nella *Pragmatica I de censibus* del re Alfonso I d'Aragona: donde trasse la denominazione di *censo bollare.* Questo contratto consideravasi come una specie di vendita; ed è perciò che le *Estravaganti comuni* ne parlano sotto il titolo *De emptione et venditione.* La rendita, giusta l'idea degli antichi giuristi, va considerata come un ente metafisico, il quale si compra mediante un prezzo che si paga al venditore, e costui diviene proprietario del capitale sborsato; egli non è obbligato a re-

(1) V. Zachariae, *Cours de droit civil*, Vol. II, § 387.

stituirlo, allo stesso modo che colui il quale vende un fondo diviene per sempre padrone del prezzo che ha ricevuto. In questo contratto vi ha dunque alienazione perpetua del capitale, e ciò soprattutto lo distingue dal contratto di mutuo. « Et sic, dice Molineo, talis reditus non est usura, sed vera merx et res empta (1). » Ben è vero che anche nel mutuo il capitale prestato è alienato: *ex meo fit tuum*. Ma tale alienazione va sottoposta alla condizione di restituire il medesimo capitale dopo un tempo determinato; mentre nel censo consegnativo questa obbligazione non esiste affatto.

Pio V, nella sua Bolla del 1568, accennava al dispregio in cui erano tenuti i precetti della Chiesa circa gli interessi nel mutuo: *pactiones propter ardentem avaritiae stimulum, legum etiam divinarum manifestum contemptum praeseferunt.* Il Pontefice si propose di impedire questa violazione del divieto dell'usura. Come scriveva il Manenti: « Bulla de censibus inducta fuit ad prohibendas usuras, et ideo extenditur ad omnes contractus, in quibus subest ratio illas prohibendi. Bulla de censibus derogat omnibus consuetudinibus, quae directe vel indirecte contraveniunt eius determinationi (2). » La parola del Papa è legge, diceva Virginio de Boccatiis, *et eius prohibitio sequenda et obedienda est, et inobedientes excomunicantur*. E soggiungeva: deve ritenersi usuraio anche colui che *spera* semplicemente di avere un lucro dal danaro mutuato: *usurarius est qui sperat lucrum ex pecunia data.* Non è consentito di dare danaro ad interesse neanche *pro eroganda pauperibus eleemosyna* (3).

La rendita per prezzo d'alienazione, o come condizione di cessione d'immobili, sia a titolo oneroso sia a titolo gratuito, si chiama *rendita fondiaria* (art. 1780). La cessione d'immobili testè indicata trasferisce nel cessionario il pieno dominio, non ostante qualsivoglia clausola in contrario. La cessione, se è fatta a titolo oneroso, è soggetta alle regole stabilite pel contratto di vendita; se è fatta a titolo gratuito, è soggetta alle regole stabilite per le donazioni (art. 1781).

---

(1) V. Molineo, *De usuris*, Quaest. I, num. 21; Parisiis, 1681.

(2) V. Manenti, *De jure contractus livellarii pecunia constituti et creati*, Pactum IV, num. 25 e 37; Augustae Taurinorum, 1606.

(3) V. De Boccatiis, *Tractatus de censibus*, Pars I, num. 2; Romae, 1590.

Si noti che il Codice, per quanto concerne le rendite fondiarie, non statuisce nulla intorno alla necessità dell'assicurazione della rendita con ipoteca speciale sopra un fondo determinato, come si trova disposto nell'art. 1782 per la rendita semplice. E la ragione del silenzio è chiara. L'alienante ha l'*ipoteca legale* sopra gli immobili alienati per l'adempimento degli obblighi derivanti dall'atto di alienazione (articolo 1969, num. 1.°).

In rapporto all'art. 1781 del Codice, crediamo necessarie altre due osservazioni. La prima è questa, che il Codice, dichiarando che il cessionario degli immobili, nella costituzione di rendita fondiaria, acquista il *pieno dominio* dei medesimi, riproduceva la formola dell' antica giurisprudenza: *plenum dominium*, come diceva espressamente l'Aulisio. L'altra osservazione, in rapporto all'art. 1781, riguarda il significato del capoverso del medesimo, dove è statuito che si applicano le regole proprie della vendita o delle donazioni secondo che la cessione è fatta a titolo oneroso o a titolo gratuito. Dall' applicazione delle regole stabilite in tema di vendita o in tema di donazioni derivano, fra le altre, queste conseguenze: 1.° Allorchè l' alienazione di un immobile è fatta mediante una rendita, il venditore può domandare la rescissione del contratto, se il capitale rappresentativo della rendita sia inferiore alla metà del valore dell' immobile; 2.° Allorchè un immobile è stato donato col peso di una rendita, la donazione è sottoposta alle stesse regole circa la rivocazione o la risoluzione cui sono soggette le donazioni in generale (1).

La rendita fondiaria nell'antica giurisprudenza chiamavasi *censo riservativo*. Del medesimo non parlano le Bolle pontificie; esso fu introdotto per opera dei Dottori; e, a differenza del censo consegnativo, fu ritenuto irredemibile.

Il Richeri, colla sua chiarezza impareggiabile, ci presenta la seguente nozione delle due specie di *censi* sopra mentovati: « Notandum est, censum dividi in *reservativum* et *consignativum*. Ille definiri potest contractus, quo quis fundum alteri pleno jure dat, reservata sibi annua pensione ex eodem fundo, unde dictus est *reservativus*. *Consignativus* vero definiri solet contractus, quo quis pretio accepto alteri vendit jus percipiendi annuam pensionem, atque hinc dicitur

(1) V. Zachariae, *Cours de droit civil*, Vol. II, § 399.

consignativus, seu *constitutivus* (1). Ricorriamo agli esempi.

Primo dà a Secondo la somma di ventimila lire, che dichiara di non avere più diritto a ripetere; Secondo si obbliga a pagare annualmente la rendita di lire mille. Questa rendita si chiama *semplice* nel sistema del Codice; dicevasi *censo consegnativo* sotto l'impero del Diritto intermedio.

Primo aliena in favore di Secondo il fondo Tusculano, del valore di ventimila lire. Secondo, invece di pagare il prezzo della vendita nei modi ordinari, si obbliga a soddisfare in perpetuo la rendita di mille lire. Giusta la terminologia del Codice, è questa la rendita *fondiaria*; è questo il *censo riservativo* del Diritto intermedio.

Nel primo e nel secondo caso troviamo che al *negotium juridicum* risponde la terminologia del Diritto intermedio con maggiore esattezza, che non vi risponda quella del Diritto moderno. Nel primo caso il creditore *consegna* una somma, e il debitore si obbliga a pagare la rendita. Nel secondo caso, l'alienante cede l'immobile, e si *riserva* il diritto di percepire la rendita.

Il censo consegnativo ed il riservativo nell' antica giurisprudenza ebbero grande importanza; imperciocchè ad essi frequentemente si ricorreva, « per sottrarre il danaro all'ozio sterile cui le false teorie economiche lo condannavano (2). » Questa importanza è venuta meno ai giorni nostri, in cui è riconosciuta la legittimità del mutuo ad interesse. Il Diritto moderno, pur riconoscendo queste rendite, ha loro tolto ogni carattere *reale*, e tutte senza eccezione le ha volute *redimibili*.

Queste rendite sono essenzialmente redimibili a volontà del debitore non ostante qualunque patto contrario. Può tuttavia stipularsi, che il riscatto non si eseguisca durante la vita del cedente o prima di un certo termine, il quale nelle rendite fondiarie non può eccedere i trenta anni e nelle altre i dieci. Può anche stipularsi, che il debitore non effettuirà il riscatto senza che n'abbia avvisato il creditore, e sia trascorso da questo avviso il termine convenuto, il quale non può eccedere un anno. Qualora siansi convenuti maggiori

---

(1) V. Richeri, *Institutiones universae jurisprudentiae*, Vol. IV, § 4283; Taurini, 1789.

(2) V. Troplong, *Du prêt*, n. 415.

termini, i medesimi saranno ridotti rispettivamente a quelli sopra stabiliti (art. 1783).

Nell'articolo 1783, dianzi riferito, si fa menzione di due termini. Il primo si riferisce all'esercizio del diritto di riscatto; il massimo del termine è il trentennio nelle rendite fondiarie, il decennio nelle rendite semplici. Il secondo riguarda l'avvertimento da darsi al creditore, qualche tempo prima che il riscatto si effettui, e questo termine non può eccedere un anno. Scopo di questo avviso preventivo si è di mettere il creditore in condizione di provvedere convenientemente all'impiego del capitale che il debitore vuole sborsare per redimere la rendita. I due termini, di cui è parola nell'articolo 1783, possono decorrere simultaneamente? In tema di rendita semplice, si è stipulato ch'essa non si può redimere prima del decennio, coll'obbligo di avvertire il creditore un anno prima del riscatto che vuolsi effettuare. Al compiersi del nono anno può il debito e avvisare il creditore, che allo scadere del decennio procederà all'affrancazione, ovvero è necessario attendere la scadenza del decennio per dare tale disdetta? Noi accettiamo la dottrina svolta in proposito dal Ricci. Non sembra essere necessario, per dare il pattuito avviso al creditore, attendere il decorso del termine, entro il quale è vietato al debitore di procedere al riscatto; dappoichè, ritenendo il contrario, si verrebbe, contro la manifesta volontà del legislatore, ad allungare il termine, durante il quale non è permesso esercitare il diritto di redimere la rendita costituita. Nella ipotesi dianzi figurata, accettandosi l'opposta teoria, il riscatto non potrebbe effettuarsi che al compiersi dell'undecimo anno; mentre che il legislatore non vuole che il termine si estenda al di là del decennio. D'altronde i due termini, quello pel riscatto e quello pel preavviso, son tali, sì per l'indole sì per lo scopo, che possono decorrere simultaneamente (1).

L'articolo 1784 determina il modo come si effettua il riscatto della rendita semplice e della rendita fondiaria. Il riscatto della rendita semplice si opera mediante il rimborso del capitale in danaro pagato per la costituzione della medesima. Il riscatto della rendita fondiaria si opera mediante

(1) V. Ricci, *Corso teorico pratico di diritto civile*, Vol. IX, numero 141.

il pagamento di un capitale in danaro corrispondente all'annua rendita sulla base dell'interesse legale, od al valore della stessa rendita, se è in derrate, sulla base del prezzo medio di queste negli ultimi dieci anni, semprechè non sia stato fissato nell' atto un capitale inferiore. In questo caso il debitore è liberato dall'annua rendita col pagamento del capitale fissato.

Il creditore, per regola generale, non può costringere il debitore al riscatto della rendita; pel creditore *sors est demortua*, come si diceva nell'antica giurisprudenza. Vi sono tuttavia dei casi nei quali può il creditore costringere il debitore al riscatto della rendita.

Il debitore di un'annua rendita, oltre i casi espressi nel contratto, può essere costretto al riscatto della medesima: 1.° Se dopo una legittima interpellazione non ha pagata la rendita pel corso di due anni consecutivi; 2.° Se tralascia di dare al creditore le cautele promesse nel contratto; 3.° Se, venendo a mancare le cautele date, non ne sostituisce altre di eguale sicurezza; 4.° Se per effetto di alienazione o divisione, il fondo su cui è costituita od assicurata la rendita, viene diviso fra più di tre possessori (art. 1785). Si fa pure luogo al riscatto della rendita nel caso di fallimento o non solvenza del debitore. Nondimeno, trattandosi di rendita fondiaria, ove il debitore prima del fallimento o della non solvenza avesse alienato il fondo obbligato per servizio della rendita, il creditore non ha diritto di chiedere il riscatto, se il possessore del fondo si offre pronto al pagamento della medesima e presenta per essa sufficienti cautele (art. 1786).

La condizione risolutiva per inadempimento dei pesi, espressa o tacita, non può pregiudicare ai diritti acquistati dai terzi sugli immobili prima della trascrizione della domanda di risoluzione (art. 1787). È questa l'applicazione di un principio generale accolto dal nostro Codice, circa gli effetti della risoluzione dei contratti; in altro luogo dimostreremo la ragione su cui questo principio riposa.

Le disposizioni sinora esaminate sono applicabili ad ogni altra annua prestazione perpetua costituita a qualsiasi titolo, anche per atto d'ultima volontà, ad eccezione di quella avente per causa una concessione d'acqua demaniale, e salve le speciali disposizioni riguardanti l'enfiteusi (art. 1788). Sotto l'impero dell'antica giurisprudenza, le prestazioni lasciate per te-

stamento agli ospizi ed alle opere pie in generale non erano per essenza redimibili. Essendo atti di pura beneficenza, potevasi pattuire che il debitore non avesse la facoltà di riscattarle; imperciocchè la facoltà del riscatto non era stata per altra ragione stabilita in favore del debitore che pel sospetto di usure, e questo sospetto non poteva sussistere quando si trattava di atti di pura beneficenza. Invece, per Diritto moderno, anche queste prestazioni sono redimibili; imperciocchè (ripetiamo l'acconcia osservazione del Troplong), la facoltà del riscatto deriva oggi, non dal timore dell'usura, sibbene dal rispetto che si deve alla libertà del debitore.

Abbiamo notato superiormente, che il *censo consegnativo* ed il *censo riservativo* furono contratti frequentissimi sotto l'impero del Diritto intermedio; ai medesimi si faceva ricorso dai prestatori, cui la legge interdiceva di stipulare il mutuo *ad interesse*. Per via indiretta si raggiungeva lo scopo che era vietato di ottenere direttamente. Il Molineo ed il Salmasio lo notarono espressamente: « Census in vicem usurarum inductos esse a Romanis Pontificibus, ut proscripto usurarum invidioso nomine, rem ipsam, hoc est ipsas usuras retinerent. » L'Aulisio, dopo di aver richiamata questa sentenza del Molineo e del Salmasio, la qualifica in tal guisa: *calumnia et haereticorum insania.* Il giureconsulto napoletano ravvisa l'origine del *censo riservativo* nell'antico Testamento, dove è narrato al capo XLVII della Genesi, che Giuseppe: « agros, quos ab Aegyptiis emerat regi, iisdem ea lege restituit, ut quartam partem fructuum regi praestarent. » Ravvisa l'origine del *censo consegnativo* nella Novella CLX di Giustiniano, dove è detto che: « Aphrodisiensis Reipublicae Patrem, hoc est, patronum et defensorem, Primoresque civitatis magnam pecuniae summam, ne sterilis et otiosa maneret, distribuisse ea lege, ut qui partem aliquam illius reciperet, non compelleretur eam restituere, nisi vellet; quamdiu tamen eam retineret, certum aliquem reditum civitati penderet (1). » Noi non vogliamo arrestarci su questi esempi addotti dall'Aulisio; è certo che il censo riservativo ed il consegnativo furono contratti in uso specialmente quando era proibito il mutuo ad interesse; e basta questo fatto incontrastabile perchè lo storico del diritto debba riconoscere la

(1) V. Aulisio, *De censibus*, nel Proemio; Neapoli, 1720.

esattezza della sentenza chiamata dall'Aulisio *calunniosa ed ereticale*. Il Voltaire, nel *Dizionario filosofico*, finge che l'abate des Issarts dica ad un commerciante di Amsterdam: « La Sorbona ha deciso che il prestito ad interesse è un peccato mortale. » Risponde il commerciante: « Vous vous moquez de moi, mon ami, de citer la Sorbonne à un negociant d'Amsterdam. Il n'y a aucun de ces raisonneurs (*accennava ai sostenitori del divieto degli interessi*), qui ne fasse valoir son argent, quand il le peut, à cinq ou six pour cent (1). » Ma ordinariamente, come abbiamo osservato, cercavasi per via indiretta di infrangere la proibizione della legge canonica e della civile. Ai tempi nostri, lo abbiamo pure avvertito, avuto riguardo al sistema della legge, il contratto di costituzione di rendita è divenuto rarissimo. Si può affermare che oggi a tale contratto fa ricorso quasi solo lo Stato; questo contratto dà allo Stato il vantaggio di non abbandonarsi alla discrezione dei prestatori, permettendo nello stesso tempo a costoro di riavere i loro capitali, sempre che li vogliano, per mezzo di una vendita fatta alla Borsa (2).

159. Del contratto vitalizio.

BIBLIOGRAFIA. — 1.° Weberi, *De contractu vitalitio*, *quo alimenta ad dies vitae comparantur* (Giessae, 1706);—2.° Nicolai, *De contractu vitalitio* (Argentorati, 1728); — 3.° Harpprechti, *De jure contractus vitalitii in concursu creditorum* (Tubingae, 1734); — 4.° Ayreri, *De rescissione contractus vitalitii* (Goettingae, 1750); — 5.° Cournot, *De la rente viagère* (Dijon, 1843); — 6.° Troplong, *Des contrats aléatoires* (Paris, 1855); — 7.° Pescatore, *Della rendita vitalizia* (nella Raccolta *Filosofia e dottrine giuridiche*, Vol. I, Torino, 1874);—8.° Tilloy, *Étude sur la rente viagère* (Toulouse, 1875);— 9.° Boulloche, *De la rente viagère* (Paris, 1878);—10.° Guillouard, *Traité des contrats aléatoires* (Paris, 1893).

È grave controversia fra gli eruditi, se il contratto di

(1) V. Voltaire, *Dictionnaire philosophique*, verb. *Intérêt* (*Oeuvres*, Vol. VII, ediz. Furne; Paris, 1835).

(2) V. Baudry-Lacantinerie, *Précis de droit civil*, Vol. III, num. 839; Paris, 1892.

rendita vitalizia fosse in uso presso i Romani. Prevale la sentenza negativa, ritenendosi che i Romani scorgevano sinistri augurî nelle convenzioni che ingeneravano qualche speranza sulla morte dell'uomo. Lo Jacques ha creduto di poter dimostrare il contrario, in un lavoro speciale (*Recherches historiques sur les rentes*) pubblicato nel 1857, nella *Revue critique de législation*. Senza arrestarci intorno alla disamina delle opposte opinioni, a noi basta osservare che nelle fonti non si trova alcun testo che si riferisca al contratto di rendita vitalizia.

Nelle età passate il contratto vitalizio era molto frequente in Italia; esso faceasi specialmente con una chiesa. Così, nel 742, Teoperto dona i suoi beni alla chiesa di S. Ambrogio: « sic tamen, ut dum ego vixero, in cellula predicte basilice (*sic*) vivere debeam, et me nutrire debeas, ut absque necessitate et nuditate vivere possim. » In un documento del secolo XI si legge: « Dono Deo et ss. Apost. Petro et Paulo omnem hereditatem meam , quam iure paterno et materno mihi advenit, ea ratione, ut quamdiu ego vixero pascant me et vestiant. » Le leggi vollero eguagliare le condizioni dei contraenti, pareggiandone i rischi. Una legge veneta, dei 12 marzo 1640, prescrisse che il vitaliziato non potesse ricevere che il dieci per cento quando non aveva ancora superati i trent'anni; fra trenta e sessanta anni poteva pattuirsi il dodici per cento; se il vitaliziato avea sorpassato i sessanta anni, il quattordici. Invece, a Napoli fu abbandonata all'estimazione del giudice la determinazione, caso per caso, della giustizia ed equità dei patti contenuti nei contratti di vitalizio (1). Dobbiamo pure osservare che la rendita vitalizia attirò, per timore che palliasse l'usura, l'anatema di Enrico di Gand, teologo del secolo XIII. Egli faceva questo ragionamento: « L'intenzione del creditore, in un tale contratto, si è di vivere il più a lungo possibile, e di ricevere perciò

---

(1) V. Pertile , *Storia del Diritto italiano*, Vol. IV, § 157; Padova, 1874.—Ad Antonio Pertile ci sarà consentito di applicare ciò che, in rapporto a G. Noodt, scriveva l'Eineccio in una Nota alle *Istituzioni* del Vinnio (Lib. III, tit. XXVI, § 1; Venetiis, 1754): « Quem eximium jureconsultum, dum haec scribo, ad superos excessisse, non sine dolore audio. Mortuum saltem nemo dixerit, qui tot egregiis operibus immortalem sibi gloriam peperit. »

dal suo debitore molto di più del capitale affidatogli; e per conseguenza il creditore fa l'usura mentalmente (1). »

I. Delle condizioni richieste per la validità del contratto vitalizio.—La rendita vitalizia, a differenza di quella perpetua, è ristretta alla vita del creditore ovvero di altra persona. Il contratto di rendita vitalizia, osserva il Troplong, è tanto morale, per quanto immorale è la scommessa. Esso procaccia de'soccorsi al vecchio, all'infermo, all'indigente; assicura loro de'mezzi di sussistenza tratti dalla stessa fragilità della loro vita (2). Il Parini, nell'ode bellissima, *La vita rustica*, diceva: perchè brame di oro o di onori debbono turbarmi l'animo, se Atropo è presso a troncare lo stame della mia vita? « E già per me si piega, Sul remo il nocchier brun Colà donde si niega Che più ritorni alcun. » Allo stesso modo ragiona colui che, privo di figliuoli, nei tardi anni vuole esser libero dalle cure inseparabili dall'amministrazione dei suoi beni. Facendo ricorso al contratto di rendita vitalizia, egli è sicuro di avere ciò che è necessario al suo mantenimento, senza le molestie che accompagnano la gestione di un patrimonio, specialmente quando esso consiste in beni stabili.

Il Codice permette la costituzione di una rendita vitalizia; ma da ciò, come decise il Supremo Collegio di Torino, non può ricavarsi la conseguenza, che sia valido il patto, col quale taluno, facendo professione di voti monastici, rinunzia alla propria libertà e personalità, nonchè a tutti i beni presenti e futuri, a vantaggio di un Istituto, che si obbliga a ricoverarlo e ad alimentarlo per tutta la vita. « C'è una legge positiva, quella dei 7 luglio 1866, che è certamente legge d'ordine pubblico, la quale nella positiva e precisa sua disposizione dell'articolo 2, proclama e sancisce il principio della inalienabilità della libertà e della negazione d'attendibilità e d'efficacia a riguardo di qualsiasi rinuncia del genere e della specie in esame. E ci è l'articolo delle disposizioni transitorie per l'applicazione del nuovo Codice civile, che, in deroga perfino al principio della irretroattività della legge, dichiarò applicabile alle rinuncie, che erano state fatte prima da monaci professi, la riprovazione assoluta ed espli-

(1) V. Boccardo, *Dizionario di economia politica*, verb. *Interesse dei capitali;* Torino, 1857.

(2) V. Troplong, *Des contrats aléatoires*, n. 210.

cita proclamata dall'articolo 954 del detto Codice. » La Corte aveva precedentemente osservato, che la rinunzia assoluta, irrevocabile, completa alla propria libertà: « disconosce e rinnega lo spirito dominante vivificatore della moderna legislazione italiana civile; urta contro il sistema di pubblico diritto, che ci regge e governa; e finalmente contraddice apertamente a particolari legislative espresse disposizioni, le quali sono precisamente svolgimento dello spirito e del sistema anzicennati (1). »

La rendita vitalizia può essere costituita sia a titolo oneroso, sia a titolo gratuito (per donazione o per testamento).

Del primo modo di costituzione tien parola l'art. 1789: La rendita vitalizia può essere costituita a titolo oneroso, mediante una somma di danaro od altra cosa mobile, o mediante un immobile. Quando la rendita vitalizia si costituisce a titolo oneroso, si ha propriamente quella *commutatio periculi* di cui favella il Casaregis. Gli eventi di guadagno o di perdita, cui si espone una delle parti, sono l'equivalente dei medesimi eventi cui l'altra parte trovasi esposta.

Quando la rendita vitalizia si costituisce a titolo gratuito, cessa la *commutatio periculi;* essa non forma più un contratto aleatorio. Intorno a questo secondo modo di costituzione della rendita vitalizia, statuisce il Codice: La rendita vitalizia può altresì essere costituita a titolo semplicemente gratuito, per donazione o per testamento, e deve in tal caso essere rivestita delle forme stabilite dalla legge per tali atti (art. 1790). La rendita vitalizia costituita per donazione o per testamento è soggetta a riduzione, se eccede la quota di cui è permesso di disporre; è nulla se è fatta a favore di persona incapace di ricevere (art. 1791).

La rendita vitalizia può costituirsi tanto sulla vita di colui che somministra il prezzo, quanto su quella di un terzo che non ha diritto alla rendita (art. 1792). Ordinariamente la rendita vitalizia si costituisce sulla vita del proprietario della medesima; è la sua vita che *si toglie in prestito*, secondo l'espressione del tribuno Siméon. La legge però non vieta che *si tolga in prestito* la vita di un terzo. Parimente, come osservano il Duranton e l'Aubry ed il Rau, niente si oppone

(1) Corte di Cassazione di Torino; sentenza dei 5 aprile 1895; nella *Legge*, anno XXXV, Vol. I, pag. 804.

alla costituzione della rendita vitalizia sulla vita del medesimo debitore (1).

Ritenne il Supremo Collegio di Firenze, essere valido ed efficace il contratto di assicurazione stipulato a proprio vantaggio sulla vita d'un terzo, benchè all'esistenza di questo non abbia l'assicurato alcun interesse. La Corte ricordò appunto l'art. 1792 del Codice: « Se il legislatore ammette la costituzione della rendita vitalizia sulla vita di un terzo, e non esige che il vitaliziato abbia interesse alla di lui esistenza, per parità di ragione deve ritenersi lo stesso concetto a riguardo dell'assicurazione. Vano è il sostenere diverso l'uno dall'altro contratto, solo perchè nel primo si dà un capitale per averne una rendita, e nel secondo si corrisponde un premio a periodi ricorrenti per ottenerne una determinata somma di danaro: cotesta materiale ed estrinseca diversità non influisce punto sull'indole giuridica ed intrinseca dei due contratti, e non può condurre a conseguenze difformi (2). »

La rendita vitalizia può costituirsi sopra la vita di una o più persone (art. 1793). In tal modo, moltiplicando il numero delle persone, sulla cui vita la rendita si costituisce, si viene a prolungare la durata della rendita medesima.

La rendita vitalizia può costituirsi a vantaggio di un terzo, benchè un altro ne abbia somministrato il prezzo. In questo caso la rendita vitalizia, quantunque abbia il carattere di una liberalità, non richiede le formalità stabilite per le donazioni; ma va soggetta a riduzione, se eccede la quota di cui è permesso di disporre; o è nulla, se è fatta a favore di persona incapace di ricevere (art. 1794). La rendita vitalizia costituita in tal modo non va soggetta alle formalità stabilite per le donazioni; benchè sia una liberalità riguardo al terzo, è un contratto a titolo oneroso fra il venditore e colui che ne paga il prezzo; essa quindi deve, per ciò che

---

(1) In tal guisa il proprietario della rendita sarebbe ben sicuro di evitare la sorte toccata al celebre Pico della Mirandola, avvelenato da un ricco fiorentino che doveagli una rendita vitalizia: « quod is morae impatiens naturalis mortis diem expectare non posset. » V. Surdus, *De alimentis*, Tit. IX, quaest. XI, num. 30; Venetiis, 1643.

(2) Corte di Cassazione di Firenze; sentenza dei 28 dicembre 1882; nella *Legge*, anno XXIII, Vol. I, pag. 512.

si attiene alla forma, subordinarsi all' atto principale di cui è un accessorio.

Ogni contratto di rendita vitalizia costituita sopra la vita di una persona, che al tempo del contratto era già defunta, non produce alcun effetto (art. 1795). La rendita vitalizia dipende dalla vita della persona su cui è costituita. Quindi è dell'*essenza* di siffatta convenzione, che questa persona, la cui vita regolerà la durata della rendita, viva al tempo del contratto: altrimenti questo non ha alcun effetto. Indarno si direbbe che, se la morte è ignorata dal costituente e dal compratore, questa doppia ignoranza mette il contratto sotto l'égida della buona fede, e gli dà in tal guisa un fondamento. La buona fede non farebbe che scusare le intenzioni; ma non potrebbe dare al contratto il suo elemento necessario (1).

Prima di chiudere lo svolgimento della teoria intorno alle condizioni richieste per la validità del contratto vitalizio, crediamo utile il notare due gravi differenze tra il sistema accolto in proposito dal legislatore italiano e quello stabilito dal Diritto che preesisteva in alcune regioni della penisola. Riferiremo un tratto della *Relazione ministeriale*, dove s'indicano tali differenze e si assegna la ragione dei principî cui faceva buon viso il Codice italiano. Lasciamo volentieri la parola al Pisanelli, al cui sapiente e vigoroso impulso il nostro paese deve il Codice civile.

« Due quistioni furono ventilate; la prima riguarda la misura della rendita in rapporto ai frutti dei quali sia capace la cosa; la seconda concerne la durata della vita sulla quale viene costituita la rendita, dopo la costituzione di questa.

« Il Codice francese e quello delle Due Sicilie lasciano piena libertà alle parti di stabilire la rendita in quella misura che loro piace. Ma nella giurisprudenza sorse il dubbio, se fosse valido il contratto, quando la rendita non eccedeva i frutti dei quali è capace la cosa ceduta; vi furono decisioni nell'uno e nell' altro senso. Il Codice parmense, il sardo e l'estense, risolvendo la quistione, dichiararono che la rendita deve superare l'importo dei frutti della cosa ceduta. Fu osservato che, ove la rendita si possa pagare coi frutti, la proprietà della cosa si acquisterebbe senza corrispettivo,

(1) V. Troplong, *Des contrats aléatoires*, num. 261.

ancorchè la persona su cui è costituita sopravvivesse per lunghissimo tempo. Ma sarà sufficiente per rendere efficace la rendita a titolo oneroso, che essa ecceda d'una frazione centesimale i proventi della cosa ceduta? Se la persona sulla cui vita è costituita trovasi già entrata nel novantesimo anno di sua età, in guisa che la rendita non potrà esser dovuta se non per qualche anno, dovrà tuttavia bastare quella frazione per attribuire il carattere di titolo oneroso ad un contratto che seriamente non può essere tale?

« Non sembra affatto estranea a questa domanda l'altra disposizione, per cui il Codice francese, quello delle Due Sicilie ed il parmense dichiararono nullo il contratto di rendita, quando sia costituito sulla vita d'una persona affetta da malattia, che le cagioni la morte entro i venti giorni dalla data del contratto. Questa disposizione diede luogo a gravi controversie; è difficile e talvolta impossibile di stabilire, se la morte avvenuta nei venti giorni sia prodotta da quella malattia che affliggeva la detta persona al tempo della costituzione della rendita, ovvero da un'altra malattia o da una causa occasionale sopravvenuta durante la prima. Onde il Codice sardo e l'estense, volendo troncare ogni quistione in proposito, dichiarano nulla la costituzione della rendita, se la persona muore entro i quaranta giorni dal contratto. Venne così duplicato il termine stabilito dai precedenti Codici, ma si eliminò ogni ricerca intorno alla infermità che avesse cagionata la morte. Davanti i tribunali sardi si presentò il caso di una donna, la quale pentita del contratto di rendita stipulato a suo favore, si diede da sè stessa la morte nei quaranta giorni: il contratto fu dichiarato nullo, e gli eredi ne furono avvantaggiati. La conseguenza non sembra logica.

« Se non che il termine di venti giorni in correlazione ad una malattia, e quello di quaranta giorni senza tale correlazione, non provvedono adeguatamente ai diversi casi. Può trattarsi di una malattia lenta, della quale è generalmente ritenuta impossibile la guarigione per lo stadio in cui si trova, mentre si possono contare quasi con certezza, se non i giorni, i mesi e le settimane che rimangono di vita all'infermo, tenuto principalmente conto del cambiamento delle stagioni. Il contratto è stipulato sul finire di agosto; ma si può essere pressochè certi che col finire di ottobre, colle prime recrudescenze del freddo, cesserà il soffio della vita in quel

corpo estenuato. La misura della rendita eccederà, se si vuole, non d'una frazione centesimale, sibbene del doppio i frutti della cosa ceduta in pagamento; ma l'importo di due o tre mesi di rendita non equivale certamente ad un giusto prezzo. Nel sistema legale potrà essere un contratto a titolo oneroso; ove però l'autorità giudiziaria non si trovi inceppata da tale sistema, potrà, sulla domanda degli interessati, dichiararlo una donazione simulata. Si è creduto pertanto di eliminare le accennate condizioni, lasciando così al prudente criterio dell'autorità giudiziaria di apprezzare le varie circostanze dei casi; e di conoscere quindi se per ragione della misura in cui fu costituita la rendita, per l'età della persona sopra la cui vita è costituita, per la malattia dalla quale si trova affetta, per le relazioni di obbligazione che essa può avere coi terzi, debba o no la costituzione ritenersi qual contratto oneroso, o piuttosto quale atto di liberalità. »

E questi principî furono adottati nella redazione definitiva del Codice. Taluno potrebbe ricordare, per combattere il sistema accolto dal legislatore italiano, la sentenza celebre di Bacone: *optima lex quae minimum relinquit arbitrio judicis*. Ma questo ricordo sarebbe inopportuno. Vi sono dei casi in cui la legge non può stabilire delle regole generali ed assolute, senza che si dia occasione ad evidenti ingiustizie; e ciò appunto si avvera *in subiecta materia*.

II. Degli effetti del contratto vitalizio tra le parti contraenti.—Quegli a vantaggio del quale fu costituita una rendita vitalizia mediante un prezzo, può chiedere lo scioglimento del contratto, se il costituente non gli somministra le cautele stipulate per l'esecuzione (art. 1796). A questo caso fa d'uopo pareggiare quello preveduto nel numero 3.° dell'articolo 1785: il proprietario della rendita può domandare lo scioglimento del contratto, se, venendo a mancare le cautele date, il costituente non ne sostituisce altre di eguale sicurezza? A noi pare che si debba accettare la sentenza negativa; imperciocchè il contratto vitalizio è governato da principî speciali. D'altra parte la legge serba silenzio su questo punto; e quindi deve applicarsi il canone ermeneutico: *lex, ubi voluit dixit, ubi noluit tacuit.*

Due gravi differenze vogliono essere notate fra il contratto di rendita vitalizia e quello di costituzione di rendita semplice o fondiaria:

Prima differenza: Il debitore di una annua rendita può essere costretto al riscatto della medesima, se dopo una legittima interpellazione non ha pagato la rendita pel corso di due anni consecutivi (art. 1785, num. 1). Invece, come statuisce l'art. 1797, la sola mancanza del pagamento delle pensioni maturate non autorizza quello in cui favore è costituita la rendita vitalizia, a chiedere d'essere rimborsato del capitale, o a rientrare nel possesso del fondo alienato. Egli ha solo il diritto di far sequestrare e di far vendere i beni del suo debitore, e di domandare che venga ordinato, quando il debitore non vi acconsenta, che col prodotto della vendita si faccia l'impiego d'una somma bastante per soddisfare alle pensioni. Innanzi al Supremo Collegio di Torino si presentò l'esame della quistione: ove, nel contratto di vitalizio, siasi stabilito per l'inadempimento il patto di decadenza, può la risoluzione avere effetto a pregiudizio dei terzi, che sull'immobile acquistarono diritti anteriormente alla trascrizione della domanda? La Corte, ragionevolmente, accolse l'opinione negativa, osservando che, essendo per la stipulata decadenza in tal caso inapplicabile l'articolo 1797, ne segue l'applicabilità dell'articolo 1511, posciachè l'alienazione dei beni mercè la costituzione di una rendita vitalizia non è altrimenti che una vendita a fondo perduto, come viene designata dai giuristi, e si ricava anche dall'articolo 811 del Codice civile. (1).

Abbiamo approvata la decisione del Supremo Collegio di Torino, nella supposizione che non sia mossa controversia sulla validità del patto di decadenza in caso di mancato pagamento della rendita, nè la invalidità del patto sia dichiarata di uffizio dal giudice. Ma ora dobbiamo arrestarci appunto su tale quistione, sollevatasi nel campo della giurisprudenza. Può stipularsi il patto di risoluzione del contratto vitalizio per mancato pagamento delle annualità? Il Supremo Collegio di Firenze decise affermativamente. « Non sussiste che in materia di pensione vitalizia il Codice italiano all'articolo 1797 non ammetta in verun caso la risoluzione del contratto per effetto della mora al pagamento delle pensioni scadute, ma soltanto accordi il diritto di far sequestrare e vendere i beni del debitore; giacchè l'articolo suddetto non

(1) Corte di Cassazione di Torino; sentenza dei 7 aprile 1881; nel *Giornale delle leggi*, anno XII, num. 31.

contempla già l'ipotesi in cui siasi espressamente convenuta la risoluzione del contratto in caso di mora nel pagamento, ma dispone soltanto in genere, che la sola mancanza al pagamento delle pensioni non autorizza quello in cui favore è costituita la rendita a chiedere di essere rimborsato del capitale, o a rientrare in possesso del fondo alienato. Quindi è palese che esso non fa che stabilire una eccezione alla regola generale, contenuta nell'articolo 1165, riferendosi, cioè, al semplice inadempimento, il quale, mentre negli altri contratti concede al creditore, o di costringere il debitore all'adempimento del contratto, o di domandarne lo scioglimento, in tema di vitalizio non lo autorizza che a far sequestrare e vendere i beni del debitore, con che non esclude, che, esistendo condizione risolutiva espressa, questa sia pienamente efficace ed operativa anche in ordine ai contratti di vitalizio (1). » La Corte di appello di Casale accettava l'opposta dottrina. « L'articolo 1797 Codice civile proscrive espressamente la clausola risolutiva, al luogo della quale suppedita al vitaliziato l'equivalente surrogato del sequestro e della vendita dei beni del debitore a formare l'occorrente capitale per le successive pensioni. E coerentemente a ciò il successivo articolo toglie di mezzo anche il diritto di riscatto; ed acciò la pattuita pensione riesca indefettibile, la legge coll'articolo finale 1801 financo statuisce, che eziandio la perdita dei diritti civili non ne adduce l'estinzione. Il patto espresso non potè essere permesso dalla legge stante l'alea, e più perchè, a differenza che negli altri contratti, non è possibile il *rebus adhuc integris.* » Il patto deve giudicarsi iniquo, « peggiore del commissorio, contro cui il senno antico diè perfino forza retroattiva alla legge. Ciò va massime allora, che da tanti anni il vitalizio ebbe a funzionare regolarmente, con conseguente consumo di capitale, in cifra verosimilmente superiore al suo ammontare originario; sicchè il debitore verrebbe a perdere molto più del doppio del capitale di quanto avverrebbe nel patto commissorio. E il giudice anche d'ufficio deve opporsi a che cotal legge proibitiva possa essere violata, trattandosi in uno e d'ordine pubblico e di buon costume. E che la legge supponga l'impossibilità giuridica della risoluzione del vitalizio,

---

(1) Corte di Cassazione di Firenze; sentenza dei 16 giugno 1879; nella *Giurisprudenza italiana*, anno 1880, parte I, pag. 116.

lo si deduce dall'articolo 1933, num. 3.° Codice civile e 1787, in corrispondenza dei succitati articoli 1797 e seguenti. Sollecito com'è il legislatore a salvare i diritti dei terzi, volle che le domande di rivocazione, di rescissione e di risoluzione fossero trascritte a poter aver quindi effetto contro gli inscriventi successivi; ma nel numero 3.° dell'articolo 1933 invano si ricerca il richiamo di un articolo circa il vitalizio; e v'è bensì indicato l'articolo 1787, ma riguarda la rendita perpetua. Nè poi il Codice nel titolo del vitalizio porta una disposizione analoga a quella dell'articolo 1787; anzi l'alinea dell'articolo 1779 espressamente ne esclude anche l'applicazione analogica, statuendo che le regole relative alla rendita vitalizia sono determinate in apposito titolo; dove, in deciso contrapposto, *frontibus adversis pugnantia,* si leggono invece gli articoli 1797 e 1798, affatto proibenti e nemici della risoluzione e del riscatto (1). » Noi accettiamo con sicurezza la teoria seguìta dalla Corte di Casale, il cui ineluttabile ragionamento abbiamo dianzi riferito. L'imp. Giustiniano ci lasciava questa sentenza: « Ludibrio esse leges non oportet. » (L. 8, Cod. *de bonis quae liberis*). Ora, indubbiamente il provvido sistema della legge, quale risulta dall'articolo 1797, diverrebbe lettera morta se fosse ritenuto valido il patto risolutivo espresso in tema di rendita vitalizia. Questo patto sarebbe inserito in tutti i contratti vitalizi, diventerebbe *de stylo notariorum,* per servirci di una formola dell'antica giurisprudenza. Ed allora l'articolo 1797, che consacra un principio di giustizia e di equità insieme, non troverebbe mai la sua applicazione.

Seconda differenza: La rendita sia semplice sia fondiaria è essenzialmente redimibile a volontà del debitore (art. 1783). Invece, come dispone l'art. 1798, il costituente d'una rendita vitalizia non può liberarsi dal pagamento della rendita coll'offrire il rimborso del capitale, e col rinunziare alla ripetizione delle annualità pagate; egli è tenuto a pagare la rendita durante tutta la vita della persona o delle persone sopra la vita delle quali fu costituita, qualunque sia la durata della vita di tali persone, e per quanto gravosa abbia potuto divenire la prestazione della rendita.

---

(1) Corte di appello di Casale; sentenza dei 20 novembre 1891; nel *Foro italiano,* anno 1892, parte I, pag. 170.

L'art. 1799 determina il modo col quale si debbono liquidare le annualità correnti, allorchè la rendita si estingue per la morte del proprietario della medesima. Esso dispone, che la rendita vitalizia è dovuta al proprietario in proporzione del numero dei giorni che ha vissuto. Se però fu convenuto di pagare per rate anticipate, ciascuna rata s'acquista dal giorno in cui è scaduto il pagamento.

Nel solo caso in cui la rendita vitalizia sia costituita a titolo gratuito, si può disporre che la medesima non sia soggetta a sequestro (art. 1800). I motivi di questa disposizione sono evidenti, diremo col Portalis. Sempre, e con ragione, si sono distinte le rendite vitalizie costituite a titolo oneroso da quelle che sono costituite a titolo gratuito (donazione o legato). Sempre si è riconosciuto che le prime possono essere sequestrate dai creditori del proprietario, quando anche si fosse stipulato ch'esse non potrebbero esserlo. E, veramente, si comprende che nessuno può privare sè stesso della facoltà di contrarre debiti, e privare i suoi creditori della facoltà di farsi pagare sopra i suoi beni. Ma non può dirsi lo stesso delle rendite vitalizie costituite per donazione o per legato. Il testatore o il donante può bene ordinare che la rendita vitalizia da lui legata o donata non possa essere sequestrata da verun creditore del donatario o del legatario. Quegli che fa una liberalità può apporre alla stessa le condizioni che più gli tornano a grado.

La rendita vitalizia non si estingue colla perdita dei diritti civili del proprietario; ma deve essere pagata durante tutta la vita del medesimo alle persone indicate dalla legge (art. 1801). La rendita vitalizia si estingue colla morte della persona sulla cui vita fu costituita. Allorchè il debitore della rendita dà morte alla persona sulla cui vita la rendita venne costituita, il proprietario della rendita od i suoi eredi hanno diritto al risarcimento dei danni, il cui ammontare verrà determinato dall'autorità giudiziaria. Possono inoltre, se il contratto venne fatto a titolo oneroso, provocarne la risoluzione (1).

---

(1) V. Aubry e Rau su Zachariae, Vol. II, § 390.

160. Del giuoco e della scommessa.

Bibliografia. — 1.° Caccialupi, *De ludo* (Venetiis, 1585); — 2.° Münster, *Collectanea de alea, sortibus, taxillis et chartis* (Neapoli, 1617); — 3.° Wedekindi, *De jure ludendi* (Jenae, 1683); — 4.° Diesseldorff, *Dissertatio de perditis in alea* (Gedani, 1700); — 5.° Hilligeri, *De actionibus occasione ludi competentibus vel non* (Lipsiae, 1712); — 6.° Leyseri, *De ludis, eorumque in jure effectibus* (Helmst. 1716); — 7.° Beselin, *De rigore juris romani circa ludos adprobando* (Rostochii, 1722); — 8.° Cock, *Responsio ad quaestionem: quid alea, quid aleator sit?* (Traj. ad Rhenum, 1819); — 9.° Rendu, *Du jeu et du pari* (Paris, 1870); — 10.° Lagrénée, *Du jeu et du pari* (Paris, 1876); — 11.° Janoly, *Du jeu et du pari* (Paris, 1882); — 12.° Dujarier, *Du jeu et du pari* (Lyon, 1885); — 13.° Aicardi, *Il giuoco di borsa* (Roma, 1893); — 14.° Frèrejouan du Saint, *Jeu et pari* (Paris, 1893); — 15.° Mirabelli, *Giuoco e scommessa* (nei *Contratti speciali*, Napoli, 1894).

Il contratto di *giuoco* può definirsi collo Zachariae: una convenzione con cui due o più persone si obbligano, dandosi ad un giuoco, di pagare a quella che vincerà una somma di danaro o qualche altra cosa determinata. La *scommessa* poi è una convenzione con cui due persone, che siano di avviso contrario su di una cosa qualunque, pattuiscono che quella la cui opinione sarà riconosciuta fondata sul vero riceverà dall'altra una somma di danaro o qualche altro oggetto determinato (1). Scriveva il Gelli: « Il giuoco è delle maggiori infelicità che abbi dato all'uomo la sua disgrazia. E trovasi di quelli che vi s'inebbriano dentro, e perdono il lume della ragione in modo, che si dimenticano dell'onore, della salute propria, della roba, della donna, de' figliuoli, degli amici, e finalmente di loro stessi; e consumando in quello le cose necessarie, si conducono in una povertà tanto igno-

(1) Il Troplong definisce la scommessa: una convenzione fondata sopra una proposizione alternativa, per la quale ciascuna delle parti costituendosi avversaria dell'altra, nega la proposizione affermata, afferma la proposizione negata, e fa derivare un guadagno dalla riuscita eventuale ed incerta di ciò che da lei si sostiene. V. Troplong, *Des contrats aléatoires*, num. 79.

miniosa, che fuggono il cospetto degli uomini; e massimamente di quegli che gli conobbero quando eglino erano in migliore stato; non restando però di pensar sempre donde e' possino cavar qualche danaio per andare a giuocarseli, e piuttosto patir delle cose necessarie (1). » Queste considerazioni del Gelli spiegano l'ordinamento della legge circa i debiti di giuoco e di scommessa.

Quando si fa ricorso alle fonti, si trova che un senatoconsulto proibì di giuocare a danaro, salvo nei giuochi di coraggio o di destrezza, o per dirla romanamente in quelli che si facevano *virtutis causa*. Le scommesse invece erano lecite, e molto usate dai Romani. I giureconsulti s'ispirarono a questa considerazione, che, mentre i giuochi tendono al divertimento, e principalmente ad un lucro, la scommessa invece tende a dare una specie di soddisfazione al vincitore. Del resto supponevasi, che la scommessa non degenerasse in un giuoco, vale a dire che fosse il risultato naturale di una precedente discrepanza di opinioni, ovvero che si scommettesse perchè si era disputato, e non già si disputasse soltanto per scommettere. In questa ipotesi la scommessa era apparente, perchè in verità vi era un giuoco, e quindi si applicavano le regole dei giuochi (2).

Giusta l'art. 1802, la legge non accorda azione veruna pel pagamento di un debito di giuoco o di scommessa. Di qui si trae, che un debito di tal natura non può essere opposto in compensazione e neanche essere convertito, per via di novazione, in una obbligazione civilmente obbligatoria. Ben è vero che, generalmente (giusta la teoria propugnata da molti scrittori, la quale peraltro non si può confortare con un testo preciso di legge, che elimini qualunque dubbio in proposito) un'obbligazione naturale può, mediante la novazione, convertirsi in obbligazione civile; ma nella specie ciò non può ammettersi, imperciocchè lo spirito e la lettera dell'art. 1802 respingono qualsivoglia azione pel pagamento di un debito che derivi da una convenzione di giuoco o di scommessa. È questa la dottrina insegnata dagli annotatori dello Zacha-

(1) V. Gelli, *Circe*, Dialogo III; Firenze, 1550.

(2) V. Schupfer, *Il diritto delle obbligazioni*, Tit. II, Cap. II, § II; Padova, 1868. — V. pure Beseler, *System des gemeinen deutschen Privatrechts*, Vol. I, § 118, *Spiel und Wette;* Berlin, 1885.

riae, l'Aubry ed il Rau; dottrina che ci sembra ineluttabile.

Prima di esaminare le altre disposizioni del Codice, giova fare la seguente domanda: I *contratti a termine,* sopra titoli di debito dello Stato, delle province, dei comuni ecc., allorchè hanno per oggetto il solo pagamento delle differenze, sono validi e produttivi di azione sotto l'impero del Diritto italiano?

La più parte degli scrittori francesi ritiene che ai *giuochi di Borsa* deve essere negata qualunque azione; ai medesimi si deve applicare la teoria generale che il Codice sancisce intorno al giuoco ed alla scommessa.

Noi però, sotto l'impero del Diritto italiano, siamo costretti a dare una risposta del tutto contraria; risposta che pur dànno gli espositori recenti del Diritto francese, dopo la Legge speciale del 1885. Ai 13 settembre 1876 si promulgava in Italia una *Legge sulle tasse di bollo pei contratti di Borsa.* Nell'art. 1.° di questa legge si trova statuito: « Sono soggetti a tassa di bollo: La compravendita tanto a contanti quanto a termini, ferma, a premio, o con riporto, ed ogni altro contratto conforme alle consuetudini commerciali di cui formino oggetto titoli di debito dello Stato, delle provincie, dei comuni e di altri corpi morali, azioni ed obbligazioni sociali, o in generale qualunque titolo di analoga natura, sia nazionale, sia estero. » E nell'art. 4.° « Ai contratti a termine, di che nell'art. 1.° della presente legge, stipulati nelle forme da essa stabilite, è concessa l'azione in giudizio, *anche quando abbiano per oggetto il solo pagamento delle differenze.* »

La disposizione della legge è chiarissima; ma essa non può meritare la nostra approvazione. Un illustre scrittore chiamava i titoli del debito pubblico *meste e dolorose ricordanze di valori annientati* (1). Ed il Riecke, in un pregevolissimo lavoro di statistica finanziaria, ha calcolato che nel 1874 la somma dei debiti pubblici dei diversi Stati si elevava a *cento diciotto miliardi* (2)! Tuttociò che devesi pagare annualmente pel soddisfacimento degli interessi è sottratto all'agricoltura ed all'industria. Ecco un danno gravissimo, che molte volte però si rende necessario per gravi interessi sociali, che costringono gli Stati ad accrescere i loro debiti.

(1) V. Nebenius, *Der oeffentliche Credit,* pag. 669; Carlsruhe, 1829.
(2) V. Riecke, *Die internationale Finanz-Statistik;* Stuttgart, 1876.

Questo danno potrebbe bastare. Perchè il legislatore, al solo scopo di esigere una tassa meschinissima, permette che questi titoli di debito pubblico servano di mezzo per rovinare le famiglie coi *giuochi di Borsa?* Non assistiamo noi tuttogiorno allo spettacolo straziante di figliuoli privati dello stesso pane, sol perchè i loro genitori, talvolta malvagi, spesso illusi, giuocarono al tre o al cinque per cento il patrimonio degli avi? Quale ragione di *giustizia* o di *equità* consigliava la legge ad eccettuare i *giuochi di Borsa*, più rovinosi di qualunque altro giuoco, dalla regola generale?

Lo Scialoia, con un esempio, spiega benissimo in che consistano questi *giuochi di Borsa*. Riferiamo le sue parole: « Per mezzo di un agente di cambio due individui statuiscono il seguente contratto. L'uno si obbliga a consegnare il giorno B tanti *fondi pubblici* al valor reale p. es. di 103 per 100 valor nominale; e l'altro si obbliga a comprarli per tal prezzo in tal giorno. Questo dì giunge, ed il *corso* sarà per esempio di 102 o di 104: nel primo caso il venditore in promessa dovrebbe acquistare i fondi e passarli al compratore col guadagno di 1 a 100; nel secondo con la perdita di 1 a 100: il *guadagno* del venditore sarebbe a danno del compratore, e la *perdita* di quello sarebbe un guadagno per quest'ultimo. Dispensiamoci da tanto impaccio, dissero i contrattanti, e l'uno che perde, dia all'altro, che dee guadagnare nel giorno indicato, la *differenza* tra il prezzo fissato e quello in corso. » Or, soggiunge lo Scialoia, siccome il corso dipende dall'opinione e dalle probabili vicende politiche, avviene, che coloro i quali possono fare spargere ed accreditare delle voci conformi al loro interesse, o che han mezzi da saper le vere notizie e prevedere gli *alti* o i *bassi*, od anche produrli con vendite o compre simulate, ruinano a colpo sicuro quegl'imbecilli che allettati dalla speranza di una scommessa, per la quale nel momento non fan d'uopo capitali, ed uccellati dagli agenti di cambio, entrano per arricchirsi nel baratro della frode (1).

Come sopra abbiamo osservato, questi giuochi di Borsa, o contratti a termine che hanno per oggetto il solo pagamento delle differenze, sono in Italia riconosciuti come validi,

(1) V. Scialoia, *I principî della economia sociale esposti in ordine ideologico,* Sez. VI, Cap. V, art. II; Napoli, 1840.

come capaci di essere suffulti dall'ausilio del giudice nel caso che il perdente non voglia pagare le *differenze*. Il testo della legge è chiarissimo, lo ripetiamo; e non sappiamo spiegarci come abbia potuto sorgere una quistione al riguardo. Ma, sorta la quistione, il Supremo Collegio di Torino, chiamato a risolverla, ha dovuto decidere che, ai termini dell'art. 4 della legge 13 settembre 1876, è concessa l'azione in giudizio anche pei contratti di compravendita *a vuoto* di fondi pubblici, conchiusi a fine di speculare sul rialzo e ribasso dei corsi, od altrimenti pei contratti differenziali di Borsa.

« Netto e preciso è il testo dell'articolo 4 della legge 13 settembre 1876, num. 3326. Indarno insorge il ricorrente, e fa valere che i contratti differenziali in parola non possono altrimenti considerarsi che quali giuochi o scommesse, proscritti dall'articolo 1802 del Codice civile, impugnando egli con ciò il fatto del legislatore, il quale col sanzionare i contratti medesimi, riconobbe in essi una causa lecita per obbligarsi nei contraenti, e quindi escluse necessariamente che costituiscono dei meri giuochi o scommesse in senso del precitato articolo del vigente Codice civile. Pur senza profitto viene a conforto della sua tesi invocando il ricorrente la relazione ministeriale con cui fu accompagnato il progetto, stato convertito nella legge del 14 giugno 1874, sostanzialmente identica a quella del 13 settembre 1876, ed ove è detto che il fatto riconoscimento dei contratti a termine in genere avrà per effetto di liberare chi sostiene la validità di tali contratti dal còmpito di dimostrarne l'intrinseca serietà e verità, e di far ricadere all'incontro su chi ne richiede l'annullamento l'obbligo di provare che presenta il carattere di scommessa. In effetto, quel qualunque valore si volesse dare ad una tale argomentazione, esula, se si pon mente che il progetto ministeriale, di cui è caso, venne specialmente al suo articolo 4 rifuso colla legge relativa, e che la Commissione parlamentare ebbe cura di far spiccare nella sua relazione il riconoscimento assoluto, che colla surrogata dizione veniva accordato ai contratti a termine, conchiusi col pagamento della tassa fissata, anche quando avessero per oggetto la sola differenza (1). » È stato osservato che i contratti a

(1) Corte di Cassazione di Torino; sentenza dei 21 aprile 1882; nel *Filangieri*, anno VII, parte II, pag. 225. Anche più recentemente

termine servono spesso al capitalista per assicurarsi certi acquisti o certe vendite ad un dato prezzo (1). Ma è anche ineluttabile l'osservazione, che ordinariamente questi contratti non sono che giuochi di Borsa.

Uno scrittore francese nel rivolgersi al legislatore, per chiedere una disposizione colla quale venisse riconosciuta la validità dei giuochi di Borsa, domandava tale riconoscimento, non già per un interesse finanziario, ma per evitare le conseguenze dei pregiudizi della pubblica opinione! E, procedendo nelle sue richieste, domandava addirittura l'abolizione dell'articolo 1965 del Codice Napoleone, cui risponde l'articolo 1802 del nostro Codice. Questo articolo 1965, diceva Alfredo de Courcy, ha creato il pregiudizio dei debiti d'onore. Appunto perchè la legge nega una sanzione ai debiti di giuoco, l'opinione li ha messi sotto la sanzione dell'onore. I debiti meno onorevoli diventano così i debiti più sacri, quelli al soddisfacimento dei quali il debitore riserva tutto il suo credito. « Le tailleur, le carrossier, le bijutier trop confiants attendront. Ils attendront si bien qu'ils pourront être réduits à la faillite, victimes innocentes d' un jeu auquel ils n' ont pas participé. Le joueur ne s'en trouble pas, ni personne autour de lui. Qu'importe à l'honneur qu'on ne paye pas ses fournisseurs? Ce qui importe, c'est de payer sa dette de la nuit (2). » Come rispondere a tale ragionamento? Con questo criterio, che i precetti della legge debbono informarsi, non ai dettami della giustizia e della morale, ma ai pregiudizi di quella che chiamasi *opinione pubblica*, sarebbe necessario riformare non solo il Codice civile ma anche il Codice pu-

---

decideva lo stesso Supremo Collegio, che al commissionario di contratto differenziale non è opponibile l'articolo 1802 del Codice civile. Il giuoco di borsa non è secondo la nostra legislazione da ritenersi come illecito o contrario ai buoni costumi. (Corte di Cassazione di Torino; sentenza dei 23 novembre 1894; nel *Monitore dei tribunali*, anno 1895, pag. 102).

(1) V. in proposito: 1.° Bähr, *Das Börsenspiel nach den Protokollen der Börsencommission;* Leipzig, 1894; 2.° Supino, *Le leggi contro i giuochi di borsa a proposito di una recente inchiesta in Germania;* nella *Riforma sociale*, anno 1894, Vol. II, pag. 724 a 726.

(2) V. De Courcy, *L'exception de jeu;* nella *Revue critique de législation;* sept. 1884.

nitivo! La esperienza insegna, che spesse volte, per motivi leggerissimi, si dànno e si accettano sfide, e si muore sul terreno. Ora, si pretenderebbe forse che il legislatore, per evitare queste conseguenze di un falso punto d'onore, stabilisse dei criterî punitivi, pei fatti che dànno causa al duello, non informati ai principî giuridici, ma invece al pregiudizio della pubblica opinione? Noi, certo, non possiamo divinare se il legislatore francese si farà convincere dal ragionamento del de Courcy per abrogare l'articolo 1965; ma, nel campo della dottrina, quel ragionamento non potrà essere applaudito; questo sì che lo diciamo con certezza. Il legislatore francese, colla legge dei 28 marzo 1885, si è limitato a sancire lo stesso principio accolto dalla legge italiana del 1876. « Tous marchés à terme sur effets publics et autres; tous marchés à livrer sur denrées et marchandises sont reconnus légaux. Nul ne peut, pour se soustraire aux obligations qui en résultent, se prévaloir de l'art. 1965 Cod. civ. lors même qu'ils se résoudraient par le paiement d'une simple différence. » È il testo dell'articolo primo della suddetta legge.

Ritorniamo al Codice. Il legislatore, dopo avere statuito, nell'art. 1802, che non s'accorda veruna azione pel pagamento di un debito di giuoco o di scommessa, soggiunge nell'articolo successivo, che sono eccettuati i giuochi che contribuiscono all'esercizio del corpo, come sono quelli che addestrano al maneggio delle armi, alle corse a piedi o a cavallo, a quelle de' carri, al giuoco del pallone ed altri di tal natura. Nondimeno l'autorità giudiziaria può rigettare la domanda, quando la somma impegnata nel giuoco o nella scommessa sia eccessiva (art. 1803). Il motivo per cui la legge concede azione in questi giuochi si è, ch'essi sviluppano le forze, e quindi dànno buoni soldati, vigorosi agricoltori, destri ed intrepidi marinari. Nondimeno, quando la somma giuocata sembri eccessiva all' autorità giudiziaria, questa può rigettare la domanda. Come è detto chiaramente nel capoverso dell'art. 1803, l'autorità giudiziaria in tal caso non potrebbe ridurre la domanda, ma dovrebbe rigettarla per intero. Ed ecco la ragione di ciò che statuisce il Codice: quando la somma impegnata nel giuoco o nella scommessa è eccessiva, allora si scorge che scopo finale del contratto non è stata la emulazione, ma sibbene la speranza di guadagnare una somma: ora la legge nega, e giustamente, ogni sanzione ad un con-

tratto che non ha altra causa se non la speranza del guadagno coll'infortunio di una delle parti.

Il Codice francese, allo stesso modo del Codice italiano, dispone, che il giudice può rigettare la domanda, quando la somma impegnata sia eccessiva. Ma quando la somma può considerarsi eccessiva? Il Duranton ha insegnato, che il giudice deve aver riguardo alla fortuna ed alla condizione delle parti; una somma che sarebbe eccessiva in rapporto ad alcune persone può essere moderata se si tratti di aristocratici (1). Senza dubbio, soggiunge acconciamente il Laurent, l'eccesso è una cosa relativa; ma esso deve estimarsi non tanto in riguardo alla fortuna dei giuocatori, quanto in riguardo alla loro intenzione, vale a dire si deve tener conto principalmente dello scopo che hanno avuto in mira. Se questo scopo è stato il giuoco, l'esercizio del corpo, il giudice accoglierà la domanda; se, all'opposto, si è avuto per fine il guadagno, il giudice la rigetterà. Nel primo caso, la convenzione è lecita; nel secondo, è illecita (2). Un giureconsulto italiano, il Michalori, esaminava di proposito la quistione su cui dianzi ci siamo fermati: « Hic curiose quaeri potest, quaenam quantitas in ludis licitis ludere liceat? » Stabiliva il principio generale, che « non est licitum ludere ultra unum aureum. » Ma poi soggiungeva, che, giusta l'insegnamento comune, si può « ludere etiam majori quantitate, dummodo quantitas non sit admodum magna et excessiva. » E questo criterio deve seguirsi particolarmente *in personis divitibus*, quando cioè i giuocatori hanno un ricco patrimonio (3).

Il mutuo fatto ad un giuocatore da altro degli interessati nel giuoco è debito di giuoco; e, trattandosi di giuoco di sorte o d'azzardo, il mutuante non ha azione per domandarne la restituzione (4). Questa dottrina era svolta appunto da Pietro Pantoia de Aiala, nel suo classico Trattato *De aleatoribus*. Egli insegnava: « Si mutuum a collusore fiat, minime jure ad pecuniam recuperandam ei subvenitur; quam

(1) V. Duranton, *Cours de droit français*, Vol. XVIII, num. 111.

(2) V. Laurent, *Principes de droit civil*, Vol. XXVII, num. 199.

(3) V. Michalori, *Tractatus de fratribus*, Pars I, Cap. III, num. 78 e 79; Venetiis, 1736.

(4) Corte di appello di Genova; sentenza dei 7 marzo 1878; negli *Annali*, anno 1878, parte III, pag. 268.

sententiam Glossae amplectuntur asseclae Angelus, Augustinus, Costa et Puteus; ex nostris Aviles, Ioannes Vela, Azevedo et Parladorus, qui hoc idem respondisse in facto ait, si conlusor per interpositam personam hoc faceret, veluti mutuando Titio, ut is collusori mutuum daret, cum nemini liceat per alium facere, quod per se non licet (1). » Donde la massima dei Dottori: *mutuum factum colludenti non valet.*

Il perdente non può in verun caso ripetere quanto avesse volontariamente pagato, purchè per parte del vincitore non siavi stato frode o dolo, e purchè il perdente non sia minore di età, interdetto o inabilitato (art. 1804). Con questa disposizione il Diritto moderno si allontana dal Diritto romano, il quale ammetteva la ripetizione. Trattandosi del giuoco, *cujus odio multa singulariter recepta sunt* (come avverte il Cuiacio), il Diritto romano derogava alla regola generale circa la inammessibilità delle azioni fondate sopra una causa in cui *utriusque versabatur turpitudo.* Sotto l'impero del Diritto intermedio fu seguìta la teoria del Diritto romano. Decideva in proposito la Ruota Romana: « Actione nulla quis conveniri potest pro pecuniis, quarum in ludis de jure vetitis jacturam fecit. Actio non solum denegatur ex contractu facto in ludo illicito, sed et amissa pecunia repeti potest (2). » Il Diritto moderno resta fedele alla regola generale: *victus repetendo allegat propriam turpitudinem, nempe quod, spreta lege, luserit* (3); egli quindi non deve essere ammesso alla ripetizione, salvi i casi preveduti nell'articolo sopra riferito.

Decideva il Supremo Collegio di Francia, che commette il delitto di furto il giuocatore che rimasto perdente ritira la posta. Ad escludere il reato non vale la disposizione del Codice civile, per la quale non è data azione pei debiti di giuoco. « La denunziata sentenza della Corte di Chambery ritiene accertato in fatto, che il 7 settembre 1890, in Aix-les-Bains,

---

(1) V. Aiala, *De aleatoribus*, Cap. IV, § III, num. 4; nel *Thesaurus Juris Romani* di Ev. Ottone, Vol. IV, col. 914 a 1150; Trajecti ad Rhenum, 1733.

(2) Ruota Romana; decisione degli 11 maggio 1629; V. *Sacrae Rotae Romanae Decisionum recentiorum,* Pars V, Vol. I, num. 283; Venetiis, 1716.

(3) V. Scaccia, *De commerciis et cambio*, Lib. I, Quaest. I; Genevae, 1664.

nel casino della Villa dei fiori, B., giuocando al baccarà, puntava un biglietto da mille, dichiarando esplicitamente, dietro analoga richiesta del mazziere, che intendeva puntarlo tutto; mentre poi, perdutolo, violentemente e fraudolentemente lo ritirava, pretendendo di non averlo puntato che fino alla concorrenza di cento lire. Il fatto per tal modo addebitato al B. costituisce indubitatamente, siccome ha ritenuto la Corte, un vero e proprio furto, poichè tutti riveste gli estremi costitutivi di questo reato, cioè sottrazione fraudolenta con cui l'imputato se ne impossessò, quando avea cessato di appartenergli. L'invocata disposizione del Codice civile, secondo cui non si dà azione per i debiti di giuoco, è inapplicabile allorquando la proprietà del danaro puntato al giuoco è passata al vincitore per il fatto solo d'aver guadagnato la partita (1). » Questa dottrina seguìta dal Supremo Collegio di Francia, e che è ineluttabile, non può certo conciliarsi con la *Cautela* consigliata da un antico giurista italiano, da Bartolommeo Cepolla, *ne damnum sentiat qui in ludo perdidit.* Riferiamo il testo della *Cautela:* « Si aliquis scholaris, vel alius per ludum amisit pecuniam, libros, vel alia bona, ad hoc, ut possit recuperare illud, quod perdidit in ludo, vel tantumdem; Cautela est utilis, quod ille qui perdidit, iterum vadat ad ludendum cum illo, qui vicit, et surripiat, si potest, etiam furto illud quod perdidit, vel pecuniam, vel aliquid de bonis vincentis, dum est in ludo; et isto modo sibi satisfaciet propria auctoritate, et erit securus. » Non dimenticare giammai, conchiude il Cepolla, *tene menti perpetuo,* che in tal caso l'autore del furto *non poterit conveniri actione poenali,* e neanche *ad restitutionem rei* (2). Questa teoria s'insegnava in tempi nei quali, come dicono parecchie brave persone, dominava la buona fede nei rapporti della vita civile! Dobbiamo nondimeno soggiungere, per debito di lealtà, che il de Aiala riprovava severamente *cautelam seu caveam Caepollae;* il giuocatore che vi ricorra, *non poterit salva conscientia id facere;* ed invocava l'autorità dei più illustri teologi e giureconsulti del suo tempo.

(1) Corte di Cassazione di Francia; arresto dei 26 febbraio 1892; nella *Legge,* anno XXXII, Vol. II, pag. 133.

(2) V. Cepolla, *Tractatus cautelarum,* Cautela LXXXIV; Lausannae et Genevae, 1742.

161. Del comodato.

Bibliografia.—1.° Bechmanni, *Dissertatio de commodato* (Jenae, 1658);— 2.° Leyseri, *De commodato et ex eo descendentibus obligationibus et actionibus* (Viteb. 1677); — 3.° Ziegleri, *De commodato* (Viteb. 1679); — 4.° Gribneri, *Dissertatio de aequitate legum Romanarum circa periculum rei commodatae* (Lipsiae, 1702); — 5.° Stockmann, *De precario* (Lipsiae, 1774);—6.° Vogel, *De precario* (Goett. 1786);— 7.° Troplong, *Du prêt* (Paris, 1856); — 8.° Boillot, *Des droits et des obligations du commodataire et du précariste* (Paris, 1884);— 9.° Guillouard, *Traités du prêt, du dépôt et du séquestre* (Paris, 1892); — 10.° Ferrini, *Storia e teoria del contratto di commodato nel Diritto romano* (nell' *Archivio giuridico*, Vol. LII e LIII, anno 1894); — 11.° Mirabelli, *Del comodato* (nei *Contratti speciali*, Napoli, 1894).

Si debbono distinguere due specie di prestito: il prestito ad uso ed il prestito di consumazione. Il primo chiamasi con voce propria *comodato;* il secondo, *mutuo*. Il Diritto moderno adottava la terminologia del Diritto romano.

I. Della natura del comodato. — Il comodato o prestito ad uso è un contratto, per cui una delle parti consegna all'altra una cosa, affinchè se ne serva per un tempo od uso determinato, coll'obbligo di restituire la stessa cosa ricevuta (art. 1805) (1). Di qui si trae che gli elementi essenziali del comodato si possono ridurre a tre:

1.° Il comodante concede al comodatario soltanto l' uso della cosa che forma la materia del contratto; egli conserva

(1) Il comodato è in tal guisa definito dal Perezio: « Est *commodatum* contractus, quo res gratis traditur, certi usus gratia, ut eo finito eadem species restituatur. Dico *gratis*, quia si merces intervenerit, locatio erit. Dico *certi usus*, quia nisi certi usus gratia tradatur, non erit commodatum, sed precarium. Addo, *eo finito,* quia ante usum finitum commodatarius rem restituere non cogitur. Dico, *eadem species restituatur,* ad differentiam mutui, in quo reddendum est idem genus, et in commodato eadem species. » V. Perezio, *In Codicem*, Lib. IV, tit. XXIII, num. 3; Amst. 1761. Sulle differenze tra il comodato, la locazione, il mutuo ed il precario, si consulti pure lo Zoesio, *Comm. in Codicem,* Lib. IV, ad tit. 23; Venetiis, 1757.

sulla cosa medesima, ad eccezione dell'uso, tutti i diritti che gli appartenevano prima del contratto: « rei commodatae et possessionem et proprietatem retinemus. » (L. 8, D. *comm. vel contra*). Quindi le cose che si consumano coll' uso cui sono naturalmente destinate non possono formar materia di comodato, salvo che l' uso speciale ed eccezionale a cui le parti le destinano sia tale da non esigerne la consumazione (1). « Non potest commodari id quod usu consumitur, nisi forte ad pompam vel ostentationem quis accipiat. » (L. 3, § 6, D. *Ibidem*).

2.° L'uso della cosa deve concedersi gratuitamente (art. 1806): « Si nulla mercede accepta vel constituta, res tibi utenda data est; » dice Giustiniano nelle *Istituzioni*. Per questo carattere il comodato differisce dalla locazione.

3.° L'uso della cosa è concesso al comodatario pel tempo determinato dalla convenzione; o, in mancanza di termine fissato, pel tempo necessario a servirsi della cosa per l' uso cui fu prestata. Questo carattere distingue il comodato dal *precario,* prestito rivocabile a volontà del prestatore: « Precarium est, quod precibus petenti utendum conceditur tamdiu, quamdiu is, qui concessit, patitur. » (L. 1, D. *de precario*). Nel precario il prestatore può domandare la restituzione della cosa in qualunque tempo: *id quandoque libuerit, importune, intempestive, revocare potest.* Come è detto nel paragrafo 974 del Codice austriaco: « Se non fu determinata la durata, nè il fine dell'uso conceduto, non àvvi un vero contratto (di comodato), ma un precario; e chi ha conceduto ad altri la cosa può ripeterla quando gli piace. »

Giusta l'articolo 1807, le obbligazioni che si contraggono in forza del comodato passano negli eredi del comodante e del comodatario. Se però il prestito è stato fatto in riguardo del solo comodatario ed a lui personalmente, i suoi eredi non possono continuare a godere della cosa prestata. Il Troplong reca due esempi, che chiariscono la regola e l'eccezione fermate nell'articolo 1807.

Paolo presta una trave a Pietro per puntellare la costui casa che minaccia rovina, e che questi si accinge a far restaurare. Se Pietro muore prima che le restaurazioni siano finite, Paolo non potrà prevalersi di questa circostanza, pe-

---

(1) V. Zachariae, *Cours de droit civil*, Vol. II, § 391.

obbligare l'erede del defunto a restituirgli innanzi tempo la cosa prestata. Il prestito non è stato fatto in considerazione della sola persona del comodatario, ma sibbene ha avuto per oggetto di rendere un servigio a Pietro, finchè la sua casa fosse restaurata. Ma se io presto la mia villa a Pietro acciò vi si rechi per ristabilire la sua salute, è chiaro che la morte di Pietro farà cessare il contratto, ed i suoi eredi non potranno continuare a servirsi della cosa prestata: in questo caso la convenzione ha un'indole meramente personale (1).

II. Delle obbligazioni del comodatario. — Due sono le obbligazioni del comodatario, la cui inosservanza lo sottopone alla pena del risarcimento dei danni: 1.° Vegliare da buon padre di famiglia alla custodia e conservazione della cosa prestata; 2.° Servirsi della cosa prestata per l'uso determinato dalla natura di essa o dalla convenzione (art. 1808).

Se il comodatario impiega la cosa in un uso diverso o per un tempo più lungo di quello che dovrebbe, è risponsabile della perdita avvenuta anche per caso fortuito, eccetto che provi che la cosa sarebbe ugualmente perita quando pure non l'avesse impiegata in un uso diverso o l'avesse restituita al tempo determinato nel contratto (art. 1809). Quando il comodatario impiega la cosa per l'uso determinato nel contratto, egli non risponde della perdita avveratasi per caso fortuito. Il Sabelli esamina la quistione: *an commodans equum eunti ad justum bellum, illo interfecto possit alium petere, vel aestimationem;* ed accetta la decisione negativa, propugnata da Sebastiano Medici, *cum recipiens usus fuerit ad modum destinatum* (2).

Se la cosa prestata perisce per un caso fortuito a cui il comodatario l'avrebbe potuta sottrarre surrogandone una propria, o se egli, non potendo salvare che una delle due cose, ha preferito la propria, è risponsabile della perdita dell'altra (art. 1810). Il comodatario deve dunque sacrificare, quando occorra, la cosa propria, per salvare la cosa prestata. Se egli, *cum posset rem commodatam salvam facere, suam praetulit* (L. 5, D. *commodati*), risponde della perdita di quella. A tal regola non si fa eccezione nemmeno quando la cosa propria sia

(1) V. Troplong, *Du prêt*, num. 44.

(2) V. Sabelli, *Summa diversorum tractatuum*, verb. *Commodatum*, num. 3; Parmae, 1733.

di un valore molto superiore a quello della cosa prestata: « cum inter magis et minus pretiosas lex non distinguat, nec nostrum erit in hisce distinctionem adhibere (1). »

Contro questa obbligazione, imposta al comodatario dal Diritto romano e dal moderno, insorge il Barbeyrac, nelle sue chiose su Puffendorfio; ricorrendo al principio che, in parità di condizioni, ciascuno deve pensare a sè piuttosto che agli altri. Questo ragionamento è fallace, diremo col Troplong; « esso mette l' egoismo dove deve prevalere la riconoscenza. » Senza dubbio, nei casi ordinari, niente obbliga a trascurare la conservazione del proprio interesse, per sovvenire agli interessi altrui minacciati dagli stessi rischi; nè la morale, nè la religione comandano questo sacrifizio troppo gravoso alla natura umana. Ma noi qui versiamo in un caso particolare ed eccezionale. Voi siete venuto a pregarmi di prestarvi la mia cosa; io me ne sono privato, per farvi un favore, e forse se essa fosse rimasta in mio potere, non si sarebbe trovata esposta a quei pericoli che ha incontrato presso di voi. Ebbene! succede che questi pericoli minacciano tanto la cosa vostra, quanto quella che avete da me ricevuta; succede che voi non potete salvare se non che una delle due, ed è precisamente la mia che voi sacrificate! Ed un sentimento invincibile di giustizia non vi dice, forse, che quella appunto voi dovevate salvare, quella che si trovò in pericolo per vostra causa, quella che per riconoscenza e per dovere voi eravate tenuto di riguardare come ciò che possedevate di più prezioso? La gratitudine deve rendervi cara la cosa prestata più che l'interesse non vi renda cara quella ch'è vostra! Ecco i dettami della morale; ciò che vi si oppone è un sofisma.

Se la cosa fu stimata al tempo del prestito, la perdita, ancorchè avvenuta per caso fortuito, è a carico del comodatario, qualora non vi sia patto in contrario (art. 1811). Tale disposizione, conforme a quella che leggesi nell'art. 1883 del Codice francese, si fa riposare generalmente sopra il seguente

(1) V. Voet, *Comm. ad Pandectas,* Lib. XIII, tit. VI, num. 4; Hagae-Comitum, 1731.—A tal riguardo si possono pure consultare le profonde considerazioni che fa il Cuiacio sulla *diligentia vehementissima vel quasi diligentiae redundantia,* cui è tenuto il comodatario. (*Recitationes solemnes,* Ad tit. XXIII Cod. *de commodato,* Lib. IV; Vol. IX, col. 294 dell'ediz. napoletana del 1758).

testo di Ulpiano: « Et si forte res aestimata data sit, omne periculum praestandum ab eo qui aestimationem se praestaturum recepit. » (L. 5, § 3, D. *commod.*). Ma questo testo è stato erroneamente interpretato dai redattori del Codice francese. Fabro, fondandosi sulle parole, *ab eo qui aestimationem se praestaturum recepit*, fa osservare che Ulpiano non prevede il caso del comodatario che ha semplicemente ricevuta una cosa stimata, ma sibbene quella in cui il comodatario si è obbligato a restituire non già la cosa stessa, ma la sua stima. In tal caso non vi ha più prestito ordinario: il comodatario non potrebbe restituire la cosa prestata anche quando fosse intatta; ma deve restituire quel valore che le fu attribuito colla stima. Di qui si trae che le parti aveano voluto trasferire il dominio della cosa; e quindi a ragione Ulpiano mette a carico del comodatario la perdita della cosa ancorchè avvenuta per caso fortuito. Il Diritto moderno non poteva trasformare in regola generale una decisione di fatto, dettata da circostanze speciali (1).

Se la cosa si deteriora a cagione unicamente dell'uso per cui fu data a prestito e senza colpa del comodatario, questi non è obbligato pel deterioramento (art. 1812). Il comodante, consentendo all'uso della cosa, ha virtualmente consentito al deterioramento che è conseguenza dell'uso medesimo. E qui crediamo opportuno di richiamare una massima accolta dal Supremo Collegio di Torino: il comodatario ha azione per convenire in giudizio e far condannare ai dovuti risarcimenti i terzi, che senza sua colpa danneggiarono la cosa comodata, senzachè per l'esercizio di questa azione, da parte del comodatario, sia necessario di interpellare il proprietario. Riferiamo il breve ma ineluttabile ragionamento della Corte: « Il comodante, nel consegnargli gratuitamente la cosa, fece fidanza nella diligenza del comodatario per riceverla integra, e questi ha perciò dovere ed interesse a far sì che la fiducia in lui riposta non venga a fallire: e perciò qualora la cosa abbia sofferto nocumento per un fatto di un terzo, a curare che il danno venga riparato da colui per colpa del quale è avvenuto. In ciò il comodatario non ha soltanto un interesse morale, d'impedire cioè che il benefizio ricevuto dal comodante si converta in danno del suo benefattore, ma ha pure

(1) V. Troplong, *Du prêt*, num. 122.

un interesse giuridico, inquantochè viene per tal modo a somministrare quella prova, che per la natura stessa del contratto a lui incombe, che cioè nessuna colpa o negligenza possa essergli ascritta nel governo della cosa comodata, ed a sciogliersi così da qualsiasi risponsabilità sì morale che giuridica verso il comodante (1). »

Il comodatario che ha fatto qualche spesa per potersi servire della cosa comodata, non può ripeterla (art. 1813). Il comodatario non potrebbe lamentarsi di tale disposizione; e non son forse queste spese compensate dall'uso che egli ha avuto della cosa? Ad esempio, diremo col Troplong, io vi presto il cavallo per recarvi in un paese molto lontano da quello dove abitualmente dimorate; ebbene, in tal caso, a voi incombe il dovere di provvedere a tutte le spese che sono necessarie pel nutrimento del cavallo, per la stalla ecc. durante il tempo che ve ne servirete (2). Ed invero, che mai diventerebbe la cosa comodata, se il comodatario non erogasse le spese dianzi accennate? In qual modo la cosa potrebbe rendere il servigio per cui il comodante l'ha prestata? Nelle fonti si legge un frammento di Gaio, dove è stabilito il principio, che il nutrimento dello schiavo prestato incombe al comodatario. « Nam cibariorum impensae, naturali scilicet ratione, ad eum pertinent, qui utendum accepisset. » (L. 18, § 2, D. *commodati*). Come osserva Accursio su tale frammento, il giureconsulto romano si riferisce alle spese necessarie, spese che sono compensate dai servigi che rende la cosa, e in rapporto alle quali il comodatario è orbato dell'azione di ripetizione. Vogliamo da ultimo, per quanto riguarda l'esame dommatico dell'articolo 1813 del nostro Codice, richiamare l'osservazione fatta dagli scrittori francesi circa la intelligenza del corrispondente articolo 1886 del *Code civil*. E l'osservazione è questa. La disposizione della legge ha una portata molto più ampia di quella che a prima fronte apparisce. Il Codice, in tema di spese che sono necessarie per servirsi della cosa comodata, non si limita a negare un'azione di ripetizione per le spese fatte, ma intende di obbligare il comodatario alle spese che sono necessarie. Il precetto della legge

(1) Corte di Cassazione di Torino; sentenza dei 20 dicembre 1874; negli *Annali della giurisprudenza italiana*, anno 1875, parte I, pag. 118.

(2) V. Troplong, *Du prêt*, num. 133.

non si riferisce soltanto ad un fatto consumato; esso deve servire di criterio per ciò che il comodatario avrebbe dovuto fare, e non abbia fatto; per determinare in tal caso la responsabilità cui è tenuto verso il comodante.

Se più persone hanno unitamente preso a prestito la stessa cosa, ne sono obbligate in solido verso il comodante (art. 1814). Questa fu pure la decisione di Ulpiano (L. 5, D. *commodati*). La legge suppone, che intenzione del comodante sia stata quella di non dividere la risponsabilità tra coloro cui ha dato l'uso della cosa. Ecco perchè ciascuno di essi è tenuto *in solidum*, e non *pro parte*, per servirci delle parole del giureconsulto romano.

III. Delle obbligazioni del comodante. — Il comodante era libero di dare o no in prestito la sua cosa. Ma poi che ha consentito a darla in prestito non può ripigliarla fuorchè decorso il termine convenuto, ovvero, in mancanza di convenzione, dopo che la cosa ha servito all'uso cui fu prestata (art. 1815). A questa regola il Codice fa eccezione pel caso in cui sopravvenga al comodante un urgente impreveduto bisogno di servirsi della cosa, durante il termine convenuto o prima che sia cessato il bisogno del comodatario; l'autorità giudiziaria in tal caso potrà, secondo le circostanze, obbligare il comodatario a restituirla (art. 1816).

Se durante il prestito il comodatario è stato obbligato, per conservare la cosa, a fare qualche spesa straordinaria, necessaria ed urgente, in modo da non poterne avvisare il comodante, questi è tenuto a rimborsarne il comodatario (articolo 1817). Il comodante non potrebbe sottrarsi alla sua obbligazione abbandonando la cosa. Ancora: la perdita avvenuta posteriormente della cosa per caso fortuito non esonera il comodante dal rimborsare le spese della natura sopra indicata fatte dal comodatario (1). Ma, come risulta dal testo preciso dell'articolo 1817, è richiesto il concorso di quattro condizioni perchè si renda ammissibile la domanda del comodatario, diretta al rimborso delle spese fatte durante il prestito: 1.° La spesa deve riguardare la *conservazione* della cosa; 2.° La spesa deve essere *straordinaria*; imperciocchè, quando si tratta di spese ordinarie, di quelle cioè che son richieste per potersi servire della cosa comodata, non possono ripetersi

(1) V. Duranton, *Cours de droit français*, Vol. XVIII, num. 548.

(art. 1813); ad esempio, le spese erogate pel mantenimento di un animale che forma oggetto del prestito ad uso; 3.° La spesa deve essere *necessaria;* 4.° La spesa deve essere tanto *urgente* da non poterne avvisare il comodante. Quest'ultima condizione è forse la più importante. Certo, l'urgenza sarà determinata con diverso criterio nei diversi casi, dall'autorità giudiziaria chiamata a decidere la contestazione che sorga in proposito fra comodatario e comodante. Ma il primo si regolerà con prudenza, cercando, sempre che gli è possibile, di rendere avvertito il secondo delle spese straordinarie, che son necessarie per la conservazione della cosa comodata.

Se la cosa comodata ha difetti tali da recar danno a colui che se ne serve, il comodante è tenuto al risarcimento del danno, qualora conoscendo i difetti della cosa non ne abbia avvertito il comodatario (art. 1818). L'equità di tale disposizione è evidente; non si può far degenerare il comodato, che è un contratto di beneficenza, in una scaturigine di danni pel comodatario. È il caso di ricordare le belle parole di Cicerone: « Qui gratificantur cuipiam, quod obsit illi cui prodesse velle videantur, non benefici neque liberales, sed perniciosi assentatores judicandi sunt (1). » Il Diritto romano statuiva alla stessa guisa del Diritto moderno: « Item qui sciens vasa vitiosa commodavit, si ibi infusum vinum, vel oleum corruptum effusumve est, condemnandus eo nomine est. » (L. 18, § 3, D. *comm.*). Ma se il comodatario conosceva i difetti della cosa, sebbene il comodante non ne abbia fatto parola, costui non sarà tenuto a rispondere pel risarcimento del danno sopravvenuto (2).

162. Del mutuo.

Bibliografia. — 1.° Salmasius, *De modo usurarum* (Lugduni Batavorum, 1638); — 2.° Alexius a Messalia, (Salmasius), *Dissertatio mutuum non esse alienationem* (Leid. 1640); — 3.° Wissenbachii, *Diatriba, mutuum an sit alienatio* (Franequerae, 1641); — 4.° Reusneri, *De mutuo et usuris* (Viteb. 1644); — 5.° Carpzovius, *De contractu mutui* (Lipsiae, 1653); — 6.° Leyseri, *De obligatione quae ex mutuo*

(1) V. Cicerone, *De officiis*, Lib. I, Cap. 14.
(2) V. Troplong, *Du prêt*, num. 168.

oritur (Viteb. 1674); — 7.° Ballerini, *De jure divino et naturali circa usuram* (Bononiae, 1747); — 8.° Neri, *Osservazioni sopra il prezzo legale delle monete* (Milano, 1804); — 9.° Onfroy de Breville, *Du prêt de consommation* (Paris, 1857); — 10.° Calary, *Du prêt à intérêt* (Paris, 1866); — 11.° Lorando, *Du prêt de consommation* (Paris, 1867); — 12.° Fajol, *Du prêt à intérêt* (Paris, 1868); — 13.° Jouve, *Du prêt à intérêt* (Marseille, 1869); — 14.° Benoit, *Du prêt à intérêt* (Paris, 1872); — 15.° Arnal, *Du prêt à intérêt* (Toulouse, 1874); — 16.° Ory, *Du prêt à intérêt* (Dijon, 1876); — 17.° Pelisse, *Du prêt à intérêt* (Paris, 1877); — 18.° Berr, *Du prêt à intérêts* (Paris, 1880); — 19.° Bacquet, *Du mutuum* (Paris, 1880); — 20.° Miraglia, *L' usura ed il diritto* (Napoli, 1883); — 21.° Basilesco, *Des conditions essentielles pour la formation du mutuum* (Paris, 1884); — 22.° Paperoni, *Du prêt à intérêt en Droit romain et en Droit français* (Nice, 1892); — 23.° Mirabelli, *Del mutuo* (nei *Contratti speciali*, Napoli, 1894).

Sotto l' impero del Diritto intermedio diceva Prospero Farinacio, l' illustre difensore di Beatrice Cenci: « Mutuum est actus permissus, a caritatis fonte emanatus (1). » Questa sentenza nelle età passate era esattissima, imperciocchè le leggi riconoscevano unicamente il mutuo senza interesse; il *foenus,* in qualunque misura, era colpito da riprovazione (sebbene poi i nostri maggiori cercassero indirettamente, cioè col sistema dei censi, di ricavar profitto dal danaro prestato). Ma oggi che la legge riconosce la validità della stipulazione degli interessi nel mutuo; oggi che, per sistema generale, non v'ha prestatore che non domandi un *foenus*, ordinariamente superiore alla misura legale, non sarebbe certo esatto ripetere la sentenza, che il mutuo è un contratto *a caritatis fonte emanatus!* Ciò non toglie, che giuridicamente anche oggi il mutuo debba ritenersi per *natura* un atto di beneficenza.

I. Della natura del mutuo. — Il mutuo o prestito di consumazione è un contratto, per cui una delle parti consegna all'altra una data quantità di cose, coll'obbligo nell'altra di restituire altrettanto della medesima specie e qualità di cose (art. 1819). Da questa definizione risulta:

---

(1) V. Farinacii, *Responsorum criminalium*, Cons. LXXV, numero 84; Venetiis, 1606.

1.° Le cose che formano materia del mutuo debbono essere necessariamente fungibili, cioè tali *ut aliae aliarum ejusdem generis vice fungantur*. « Mutui autem datio in iis rebus consistit, quae pondere, numero, mensura constant: veluti vino, oleo, frumento, pecunia numerata, aere, argento, auro; quas res aut numerando, aut metiendo, aut adpendendo in hoc damus, ut accipientium fiant. » (Inst. pr. *quibus modis re contrahitur obligatio*). Generalmente sono fungibili le cose che si consumano coll'uso; ma può accadere talvolta, che una cosa che non si consuma coll'uso divenga fungibile per la destinazione che l'è data dalle parti; come sarebbe nel caso che io prestassi ad un libraio venti copie di un'opera di cui egli avesse bisogno, coll'obbligo di restituirmene un egual numero. Il Codice Napoleone (art. 1892) inesattamente diceva: » Le prêt de consommation est un contrat par lequel l'une des parties livre à l'autre une certaine quantité de choses *qui se consomment par l'usage*. » Il legislatore italiano non ha riprodotta la inesattezza notata nel Codice francese.

2.° In forza del mutuo il mutuatario diviene padrone della cosa mutuata, la quale, venendo in qualunque modo a perire, perisce per conto del medesimo (art. 1820). Appunto da siffatta traslazione della proprietà deriva, secondo i giureconsulti romani, la denominazione di questo contratto. « Appellata est *mutui datio* ab eo, quod de meo tuum fit. » (L. 2, § 2, D. *de rebus creditis*).

3.° Il mutuatario deve restituire altrettanto della medesima specie e qualità; altrimenti sarebbe una permuta od una vendita, secondo che il mutuatario si obbligasse a restituire un'altra cosa od una somma di danaro.

In tema di mutuo la *causa* dell'obbligazione che contrae il mutuatario consiste nella consegna a lui fatta di una somma di danaro o di altre cose fungibili, e nel trasferimento a suo favore della proprietà delle cose mutuate. Abbiamo stimato necessario di fare questa osservazione, allo scopo di notare una inesattezza in cui cadeva, in un arresto recentissimo, il Supremo Collegio di Francia. Decideva la Corte, che una convenzione avente per oggetto l'acquisto di una casa di tolleranza, alla quale convenzione ciascuno dei contraenti ha preso egualmente parte, deve giudicarsi contraria ai buoni costumi, ed è quindi improduttiva di effetti civili.

In conseguenza, colui il quale ha prestato una somma di danaro per un tale acquisto, non può domandarne il rimborso nè reclamarne la restituzione colla *condictio indebiti* (1). Evidentemente questa dottrina non si può accettare; essa riposa sopra una confusione tra la *causa* dei contratti e il *motivo* dei contratti. Il Codice francese, allo stesso modo del Codice italiano (art. 1119), dispone che l'obbligazione fondata sopra una causa illecita non può avere alcun effetto; e la causa è illecita, quando è contraria alla legge, al buon costume o all' ordine pubblico (art. 1122). Ma questo principio non si può e non si deve applicare quando si tratta del *motivo* del contratto; il contratto deve giudicarsi valido anche quando il motivo (spesso recondito) è immorale. Nella specie, sottoposta all' esame della Cassazione francese, trattavasi di un prestito fatto per l' acquisto di una casa di tolleranza; ora, tale acquisto costituiva il *motivo,* non la *causa* del prestito.

L'obbligazione risultante da un prestito in danari è sempre della medesima somma numerica espressa nel contratto. Accadendo aumento o diminuzione nelle monete prima che scada il termine del pagamento, il debitore deve restituire la somma numerica prestata, e non è obbligato a restituire questa somma che nella specie in corso al tempo del pagamento (art. 1821). Vi sono due specie di *corso* delle monete. Il *corso legale* è il valore ufficiale che dal legislatore viene attribuito alle monete; il *corso commerciale* è quello che si stabilisce da sè stesso, per effetto dell'abbondanza o della scarsezza del numerario. Il Codice, nell'articolo 1821, intende parlare appunto del corso legale, quando prescrive che il prestito sia soddisfatto con specie aventi tal corso al tempo del pagamento (2). Ancora: in forza di questo articolo del Codice, se per avventura il legislatore ha stabilito il corso forzoso della cartamoneta, il mutuante non potrebbe pretendere di esser pagato

---

(1) Corte di Cassazione di Francia; arresto del 1.° aprile 1895; V. Dalloz, *Recueil périodique,* anno 1895, parte I, pag. 263.

(2) « Pecuniae numeratae vis omnis et bonitas, substantia adeo ipsa, est in ea aestimatione quae cuique nummo, certa nota percusso, publice est indita. Nec quidquam est nummus, nisi id quod publice valet ex quo aestimatur. Consistit enim non natura, sed hominum institutu et aestimatione. » Donello, Ad L. 3, D. *de rebus creditis;* Lucae, 1762.

in numerario. Egli, al momento del mutuo, ha consegnato oro ed argento; al momento della restituzione, dovrà ricevere un brandello di carta, *ove in quattrin la lira invan si squarta,* come diceva l'Alfieri degli *assegnati* francesi.

Osserva il Borsari: « Ottenuta la parificazione del valore legale nel cambio delle monete, il debito è soddisfatto benchè gli acquisti che si possano fare con questo mezzo non siano mai eguali a quelli che si farebbero colla stessa somma in altro tempo. Ripensando a un mezzo secolo addietro ci troviamo colla stessa rendita la metà meno ricchi di quello che eravamo allora, e si sentono dei bisogni e delle scarsezze che non si sentivano allora. Le mille lire che io aveva allora valevano ben più delle lire mille che io posseggo oggidì; con mille lire io poteva vivere per sei mesi, ora non mi bastano per tre (1). » Ma queste considerazioni, che pur si fanno tuttogiorno, e che hanno trovata la più geniale espressione in una canzone in dialetto napoletano, erano veramente necessarie per spiegare la disposizione del Codice? Quando il debitore restituisce la somma mutuata, può mai sollevarsi una *quistione,* sui *bisogni* e sulle *scarsezze* del creditore al tempo del pagamento, maggiori di quelle che aveva al tempo del contratto? Se oggi la stessa somma di danaro dà al creditore minori vantaggi, ciò vuol dire che per lui vi saranno minori incentivi al vizio: *tu vitiis hominum crudelia pabula praebes;* e questa è sentenza di Properzio, a proposito del danaro.

Vi sono dei casi nei quali la moneta non viene considerata come *strumento di circolazione,* ma sibbene come *merce.* Allora trova applicazione l'articolo 1822 così concepito: La regola contenuta nel precedente articolo non ha luogo, quando siansi somministrate monete d'oro o d'argento, e ne sia stata pattuita la restituzione nella medesima specie e quantità. Se viene alterato il valore intrinseco delle monete, o queste non si possono ritrovare, o sono messe fuori di corso, si rende l'equivalente al valore intrinseco che le monete avevano al tempo in cui furono mutuate.

Se furono prestate verghe metalliche o derrate, il debitore non deve restituire che la stessa quantità e qualità, qualunque sia l'aumento o la diminuzione del loro prezzo (arti-

---

(1) V. Borsari, *Comm. del Codice civile italiano,* Vol. IV, parte II, § 3976.

colo 1823). « Cum *res sola fuerit in obligatione*, debitor rem solvendo liberatur: nec necesse habet addere quod deest praecedentis temporis aestimationi, *quam non debuit.* » Così il Donello, interpretando un frammento di Pomponio, la cui dottrina è stata riprodotta nel Diritto moderno.

II. Delle obbligazioni del mutuante. — Se la cosa mutuata ha difetti tali da recar danno a colui che se ne serve, il mutuante è tenuto al risarcimento del danno, qualora conoscendo i difetti della cosa non ne abbia avvertito il mutuatario (art. 1824).

Il mutuante non può, prima del termine convenuto, domandare le cose prestate (art. 1825). Non essendo fissato il termine della restituzione, l'autorità giudiziaria può concedere al mutuatario una dilazione secondo le circostanze (articolo 1826). Qui il Codice fa una eccezione al principio: *quod sine die debetur, statim debetur.* E la ragione della eccezione è questa: qual vantaggio ritrarrebbe il mutuatario dal prestito, se egli fosse tenuto a restituire immediatamente le cose prestate? Vuolsi supporre, che le parti hanno inteso di convenire un termine pel pagamento. Il mutuo, per sua natura, è un contratto di beneficenza; ecco perchè le regole del Codice in questa materia son tutte informate dai principî della equità.

Ove siasi convenuto soltanto che il mutuatario paghi quando potrà o quando ne avrà i mezzi, l'autorità giudiziaria gli prescriverà un termine al pagamento, secondo le circostanze (art. 1827). Se la convenzione siasi stipulata in questi termini: mi restituirete le cose prestate, *quando vorrete;* poichè in tal caso la volontà del debitore è stata costituita arbitra del tempo del pagamento, bisogna attendere la morte del debitore, e sol contro gli eredi di lui può rivolgersi il mutuante per ottenere il pagamento. Questo principio, insegnato dalla miglior parte degli scrittori moderni, trovasi saldamente propugnato dagli interpreti del Diritto romano (1).

Il Codice statuisce nell'articolo 1175, collocato sotto la sezione *Delle obbligazioni a tempo determinato*, che il termine si presume sempre stipulato in favore del debitore, se non

(1) Ricordiamo specialmente Ulrico Ubero: « Tunc enim post mortem debitoris omnino datur actio. » *Institutionum,* Lib. III, tit. XIX, num. 11; Lipsiae, 1725.

risulta dalla stipulazione o dalle circostanze, che si è stipulato egualmente in favore del creditore. In applicazione di questo articolo del Codice, decise la Corte di appello di Lucca, che, trovandosi apposto nel contratto di mutuo un termine non indicante scadenza fissa, ma il limite massimo di un periodo più o meno lungo, assegnato al mutuatario per la restituzione del capitale mutuato (come quando, ad esempio, sia stato detto, *il capitale dovrà restituirsi entro anni dieci*), il termine suddetto deve ritenersi pattuito a favore esclusivamente del mutuatario, e, per conseguenza, se il mutuante non può esigere la restituzione del capitale prima che arrivi la scadenza del decennio, è però tenuto a riceverla quante volte lo stesso mutuatario gliela offra spontaneamente (1). La teoria accolta dalla Corte di Lucca è confortata dal concorde insegnamento dei Dottori, circa le obbligazioni da eseguirsi *intra dies constitutos*. E l'insegnamento dei Dottori si fonda sopra una serie di responsi dei giureconsulti romani; e specialmente sopra i frammenti di Pomponio (L. 41, § 2, D. *de manumissis testamento*), di Ulpiano (L. 1, § 9, D. *de successorio edicto*), di Gaio (L. 7, D. *de re judicata*) e di Scevola (L. 122, D. *de verborum obligationibus*). Sul frammento di Scevola notava Bartolo: « Quando tempus opponitur solutioni sortis et cursui usurarum per verbum *ad* vel similia, ut mutuo usque ad annum, et tunc debitor non potest solvere in anno: et quando tempus opponitur solutioni per verba *intra* vel *in anno* vel similia, ut puta mutuo tibi quinquaginta solvenda intra annum, tunc in anno debitor potest solvere semper quando vult. » In altre parole, allora si deve applicare la regola generale in tema di obbligazioni a termine; la regola cioè che il termine si presume stipulato in favore del debitore, il quale per conseguenza *potest solvere semper quando vult*. Il creditore non avrebbe diritto di rifiutare il pagamento nel caso dianzi figurato.

III. Delle obbligazioni del mutuatario. — Il mutuatario è obbligato a restituire le cose ricevute a mutuo nella stessa quantità e qualità e al tempo convenuto, e in mancanza è obbligato a pagarne il valore, avuto riguardo al tempo e al luogo in cui doveva, secondo la convenzione, fare la restitu-

(1) Corte di appello di Lucca; sentenza dei 23 luglio 1874; negli *Annali della giurisprudenza italiana*, anno 1875, parte II, pag. 18.

zione delle cose. Se non è stato determinato nè il tempo nè il luogo, il pagamento si deve fare dal mutuatario secondo il valore corrente nel tempo in cui fu costituito in mora, e nel luogo in cui fu fatto il prestito (art. 1828). A differenza di ciò che si avvera nel comodato, l'obbligazione di restituire nel mutuo non dipende da avvenimenti di forza maggiore. « Is, qui mutuum accepit, si quolibet fortuito casu amiserit quod accepit: veluti incendio, ruina, naufragio, aut latronum hostiumve incursu: nihilominus obligatus manet. » (Inst. § 2, *quib. modis re contrahitur obligatio*). In forza del mutuo, prestito di consumazione, il mutuatario diventa proprietario della cosa mutuata. Quindi, allorchè si dice che deve andare a suo carico la perdita avvenuta anche per caso fortuito di questa cosa, non si fa che applicare il principio: *res perit domino*. Per quanto si attiene al tempo ed al luogo del pagamento, nel silenzio del contratto, per determinare il criterio del valore, si agitarono gravissime controversie fra gli interpreti del Diritto romano. Il sommo Cuiacio (Ad L. 35, D. *mandati*) notava a questo proposito: « Nullum esse vel judicem, vel patronum, vel jureconsultum qui non haereat, maneatque suspensus quoties tractatur de hac re. » A cominciare da Bartolo e da Accursio, i testi romani su tale argomento formarono, per dirla col Molineo, *crux et carnificina ingeniorum*. Il Diritto moderno ci presenta a tal riguardo un ordinamento chiarissimo, e rispondente del tutto ai principî fondamentali che governano la teoria generale delle obbligazioni, armonizzati con le regole proprie del contratto di mutuo. Vuolsi pure notare una grave differenza tra l'articolo 1828 del nostro Codice ed il corrispondente articolo 1903 del Codice francese. Statuisce quest'ultimo, che il mutuatario è tenuto a pagare il valore delle cose sol quando esso si trovi nella impossibilità di restituirle. Nel Codice nostro si parla in generale di obbligazione non soddisfatta, e si dispone che in tal caso il mutuatario deve pagare il valore delle cose. Noi siamo di accordo col Ricci, nel ritenere che razionalmente deve preferirsi la disposizione del Codice italiano. Trattandosi di obbligazione che ha per oggetto, non già una cosa certa e determinata, ma una quantità di cose di una certa specie e qualità, non sembra che possa verificarsi il caso della impossibilità di assolvere l'obbligazione. Se può perire un corpo certo e determinato, *genus numquam*

perit, e il debitore può sempre restituire cose della stessa specie di quelle che ha ricevute. D'altra parte come si può costringere il mutuatario, quando egli vi si rifiuti, ad acquistare cose della medesima specie di quelle ricevute, per consegnarle al mutuante? Non soddisfatta l'obbligazione, il creditore ha diritto al risarcimento del danno, e questo danno appunto si risarcisce col pagare ad esso il valore delle cose alle quali ha diritto (1). Del resto, giova avvertirlo, gli espositori del Codice francese, nella interpretazione dell'articolo 1903, hanno accolta la dottrina sancita espressamente dal nostro Codice. « A l'hypothèse où l'emprunteur serait dans l'impossibilité de restituer, nous assimilerions celle, où, pouvant restituer, il ne le ferait pas. » Son parole del Baudry-Lacantinerie (2).

IV. Del mutuo ad interesse. — Nelle età passate davasi il nome di *usura* a ciò che noi chiamiamo *interesse* in generale. In una decisione della Ruota Romana troviamo questa nozione dell'usura : « Usura dicitur quidquid datur, vel promittitur ob dilatam solutionem (3). » Anche più preciso è il concetto che ce ne presenta lo Zoesio : « Usurae denotant hac in materia accessionem ad quantitatem, sive id quod ad sortem accedit, et sunt lucrum ultra sortem exactum (4). » È permessa la stipulazione degli interessi nel mutuo di danaro, di derrate o di altre cose mobili (art. 1829). Il mutuatario che ha pagato interessi non convenuti o eccedenti la misura convenuta, non può ripeterli, nè imputarli al capitale (art. 1830). L'interesse è legale o convenzionale. L'interesse legale è determinato nel cinque per cento in materia civile e nel sei per cento in materia commerciale, e si applica nei casi in cui l'interesse sia dovuto e manchi una convenzione che ne stabilisca la misura. L'interesse convenzionale è stabilito a volontà dei contraenti (articolo 1831).

(1) V. Ricci, *Corso teorico pratico di diritto civile,* Vol. IX, numero 211.

(2) V. Baudry-Lacantinerie, *Précis de droit civil,* Vol. III, numero 831 ; Paris, 1892.

(3) Ruota Romana; decisione degli 11 novembre 1602; V. *Sacrae Rotae Romanae Decisionum recentiorum*, Pars II, num. 72; Venetiis, 1716.

(4) V. Zoesio, *Comm. in Codicem,* Lib. IV, tit. 32; Venetiis, 1757.

In Francia, con Legge dei 3 settembre 1807, fu stabilito che l'interesse convenzionale non potesse eccedere il cinque per cento in materia civile ed il sei per cento in materia commerciale. Una Legge dei 13 gennaio 1886 abrogava la Legge del 1807 nelle materie commerciali; ma dichiarava espressamente, che le disposizioni di quest'ultima legge doveano conservare il loro vigore nelle materie civili (1). Il Codice italiano adottava il principio della piena libertà degli interessi convenzionali. Notava a questo proposito la Commissione Senatoria: « Ci ha delle verità poste in sodo dalla scienza e dalla esperienza da pigliare il carattere di teoremi. Tale è questa della libertà degli interessi convenzionali. È dimostrato difatti, che l'intervento del legislatore nel fine di determinare il saggio dell'interesse convenzionale involve un errore economico ed una offesa alla giustizia. È un errore economico, in quanto che adoprandosi la tassa degli interessi a fissare il prezzo dell'uso dei capitali, livellandolo ad una massima comune misura, si contraffà direttamente a quella legge economica invariabile che fa uscire il prezzo delle cose permutabili dal rapporto tra l'offerta e la domanda. E codesta violazione di una legge non inventata ma imposta dalla natura delle cose, riuscirebbe nelle sue conseguenze perniciosissima, dacchè o rimarrebbe elusa dagli accorgimenti dei contraenti, o lascerebbe i capitali inerti e stagnanti con grave jattura dell'agricoltura e dell'industria. Dicevamo inoltre riescire la tassa degli interessi una evidente ingiustizia, avvegnachè la limitazione dell' interesse convenzionale ad un saggio legale non potrebbe rappresentare *a priori* il corrispettivo degli ufficii e dei servizii del capitale negli svariati accidenti delle civili transazioni e dei rischi più o meno gravi cui va esposto il mutuante. »

Il principio della libertà degli interessi convenzionali riceve nel nostro Codice due limitazioni:

Prima limitazione. Nelle materie civili l' interesse con-

(1) Il Baudry-Lacantinerie (*Précis de droit civil,* Vol. III, numero 838) censura la distinzione ammessa dalla Legge del 1886. « C' est beaucoup, mais ce n'est pas assez. A notre avis, les lois restrictives du taux de l'intérêt doivent disparaître entiérement; nous n' apercevons pas de raisons suffisants pour les maintenir en matière civile, quand on les abolit en matière commerciale. »

venzionale, eccedente la misura legale, deve risultare da atto scritto; altrimenti non è dovuto alcun interesse (art. 1831).

Seconda limitazione. Il debitore può sempre, dopo cinque anni dal contratto, restituire le somme portanti un interesse maggiore della misura legale, non ostante qualsiasi patto contrario. Deve però darne sei mesi prima per iscritto l'avviso, il quale produce di diritto la rinunzia alla più lunga mora convenuta (art. 1832). Tali disposizioni non sono applicabili ai contratti di rendite vitalizie, nè a quelli che stabiliscono la restituzione per via di annualità che comprendono gl'interessi ed una quota destinata alla restituzione progressiva del capitale. Esse non sono del pari applicabili a qualunque specie di debito contratto dallo Stato, dai comuni o da altri corpi morali, colle autorizzazioni richieste dalle leggi (art. 1833). Dichiarò la Commissione Senatoria, che il benigno presidio concesso dalla disposizione dell'articolo 1832 al debitore infelice, abilitato a liberarsi da esorbitanti interessi strappati alcuna volta dal tirannico bisogno, mercè la facoltà di restituzione del capitale dopo un termine discreto e prefinito, fu mutuato dalla legge piemontese dell'8 giugno 1857.

Presso la Commissione Coordinatrice il Precerutti propose la soppressione della disposizione, in forza della quale il debitore ha la facoltà di liberarsi colla restituzione della somma dovuta, dopo cinque anni dal contratto, quando si è convenuto un interesse superiore alla misura legale. « Questa disposizione venne riprodotta dalla legge subalpina del 1857, nella quale non la si introdusse che per un motivo di opportunità politica e di strategia parlamentare, onde far adottare la grande riforma della libertà degli interessi che incontrava non pochi oppositori. Ora che questa riforma è entrata nei costumi ed ha fatto ottima prova, cotale concessione non è più necessaria, ma conviene conformarsi in tutto ai principii sui quali è fondata ed a cui contraddirebbe la disposizione in discorso, la quale non potrebbe non considerarsi che come un regresso. » Osservò ancora il Mancini, a conforto della proposta del Precerutti, che la disposizione « anzi che giovare pregiudicherebbe al debitore, perchè il mutuante libero di elevare l'interesse del suo danaro, lo raddoppierà di tanto che valga a compensarlo della sorte che può correre di vederselo restituito prima del termine convenuto. » La Com-

missione accettò la proposta del Precerutti (1). Ma, nella compilazione definitiva del Codice, fu mantenuto il sistema della Legge del 1857. Come dichiarò il Ministro Guardasigilli, nella Relazione che precede il Codice civile: « La Commissione Senatoria unanime ed il Parlamento accordavano a cotal sistema benigno il loro autorevole suffragio. Mutare via o partito sarebbe paruta al Ministro Guardasigilli riprovevole temerità. »

La quitanza del capitale rilasciata senza riserva degli interessi fa presumere il loro pagamento e ne produce la liberazione, salva la prova contraria (art. 1834). Con quest'ultimo inciso, *salva la prova contraria*, il legislatore italiano ha risoluta una quistione molto agitata fra gli espositori del Codice francese. Duranton ammette la prova contraria. Il Troplong e l'Aubry ed il Rau ritengono, che niuna prova è ammissibile contro la presunzione della legge, stabilita nell'articolo 1908 del Codice francese, corrispondente all'art. 1834 del Codice italiano. L'articolo 1834 stabilisce una presunzione legale; ma, come è dichiarato nello stesso articolo, la efficacia di questa presunzione viene meno quando si dimostri il contrario; vale a dire quando si provi che gli interessi non sono stati pagati, sebbene nel rilasciarsi la quitanza del capitale non siano stati riservati gli interessi. La prova diretta a combattere la presunzione legale si può fare anche per mezzo di testimoni? Il Ricci risponde benissimo affermativamente. Egli osserva, che « qui non si tratta di porre in essere il fatto del pagamento, bensì il non pagamento o un non fatto, quindi il divieto della prova orale in materia di convenzioni aventi obbiettivo di un valore superiore a cinquecento lire non è al caso applicabile. » Molto meno si può applicare l'altra regola, che la prova testimoniale non è ammessa contro al contenuto in atti scritti, perchè nella specie nulla s'impugna di quanto è contenuto nello scritto, ma soltanto si vuole togliere efficacia alla presunzione legale; presunzione che ammette espressamente la prova contraria (2).

Il testo dei sei articoli, che troviamo nel Codice intorno al mutuo ad interesse, è chiarissimo; svolgendo le raccolte di giurisprudenza non abbiamo rinvenuta nessuna quistione

(1) Verb. 45 e 47 della Commissione Coordinatrice.
(2) V. Ricci, *Corso teorico pratico di diritto civile*, Vol. IX, num. 218.

d' importanza cui i medesimi abbian dato causa nella loro applicazione. Noi quindi crediamo non essere necessario di arrestarci ulteriormente nell'esame dommatico del sistema del Codice; piuttosto stimiamo opportune alcune considerazioni economiche intorno a tale sistema. Se i nomoteti italiani, a conforto dei principî da essi accolti, han voluto, nei lavori preparatorî, assorgere a queste considerazioni economiche, non può essere, certo, interdetto all'interprete del Codice di seguire il medesimo indirizzo.

Vincenzo Gioberti, nel *Rinnovamento*, ci lasciava questa sentenza: « Ogni secolo ha i suoi grilli, come ogni donna incinta le sue voglie ed i suoi ghiribizzi. » Parlando dell'enfiteusi abbiamo osservato quali conseguenze pratiche abbia prodotto il *grillo* della *libertà dei dominî*; uno dei principî assoluti cui ispiravasi il nostro legislatore. Dobbiamo mettere nella stessa categoria dei *grilli,* secondo la terminologia del Gioberti, anche il principio della libertà irrefrenata degli interessi convenzionali? Per rispondere convenientemente a questa domanda, dobbiamo far precedere un poco di storia, da cui si ricava la *evoluzione* (è la parola di moda) del precetto legislativo.

Incominciamo dalla società romana. A Roma le usure furono in ogni tempo esorbitanti. Livio ci descrive la plebe oppressa dai debiti, *demersa aere alieno*, che si ritira sul Monte Sacro, e chiede la istituzione del Tribunato. Ci descrive il Centurione che mostra al popolo le sue ferite; egli combatteva a difesa della patria, e mentre col suo valore rialzava i penati abbattuti, rimaneva schiacciato sotto il peso degli interessi che s'erano convertiti costantemente in capitale, sebbene avesse già pagato in più volte delle grosse somme al creditore: « se militantem, se restituentem eversos penates, multiplici jam sorte exsoluta, mergentibus semper sortem usuris, obrutum foenore esse. » (*Histor.* VI, 14). Ad un banchiere (*argentario, mensario*), Plauto rivolge questo discorso: « Molte leggi sono state emanate dal popolo contro di voi. Ma a qual pro le leggi? Voi le violate incessantemente; avete sempre in pronto qualche sfuggita, qualche sotterfugio per eluderle; per voi le leggi sono come l'acqua bollente che non tarda a farsi fredda: *quasi aquam ferventem, frigidam esse, ita vos putatis leges* (*Curculio*, IV, 2). Nel luglio dell'anno 1875 furono trovate a Pompei centrenta

tabelle cerate, che appartenevano a Lucio Cecilio Giocondo, di cui il Museo di Napoli ha un bellissimo busto di bronzo. Nei contratti di mutuo gli interessi vengono ricordati colla parola generica *merces;* e sulla ragione di essa probabilmente saremmo rimasti all'oscuro, se in un libello dell'anno 55, non avessimo trovato: *quinquagesima minus persoluta.* I Romani contavano gl'interessi a mese, e perciò la quinquagesima vuol dire il 2 per 100 al mese, il 24 per 100 all'anno. Non era una modica ragione d'interessi, ma non era nemmeno l'usura dei *foeneratores*, i quali *quinas mercedes capiti exsecabant* (1).

Il Diritto canonico, alla libertà assoluta nella stipulazione degli interessi (libertà che v'era di fatto, sebbene diverse leggi, in diversi tempi, avessero anche a Roma cercato di moderarla), oppose il divieto assoluto dei medesimi. S. Agostino chiama gl'interessi del danaro *mammona iniquitatis.* E S. Tommaso, commentando il testo evangelico, *mutuum date, nihil inde sperantes,* fa osservare: « quod homo lucrum ex mutuo non quaerat, hoc cadit sub ratione praecepti (2). » E, per lunghi secoli, per ossequio a questi principî, ed in omaggio al canone aristotelico della *sterilità* del danaro, le leggi civili vietarono parimente qualunque interesse del danaro mutuato, che, anche in tenue misura, giudicarono contrario alla morale ed ai principî giuridici sull'accessione, perchè la moneta non produce direttamente altra moneta. Insegnava il Maranta, riproducendo la dottrina comune, che se il prestatore riceve un interesse del danaro prestato: « contra naturam aget, atque contra justitiam; ut restituere id omne teneatur, quod injuste, usurarum nomine accepit. » E riferiva le parole del

---

(1) V. De Petra, *Le tabelle cerate di Pompei;* nella *Nuova Antologia,* settembre 1875.

(2) V. S. Agostino, *De verb. dom.;* XXXV. S. Tommaso, *Summa theologica*, 2.ª 2.ª qu. 78. Ma il Diritto canonico moderno ammette l'interesse del prestito quando vi concorrano queste tre condizioni: *damnum emergens, periculum sortis, lucrum cessans.* Ritiene ancora come titoli giusti per l'interesse la *mora culpabilis* ed il *jus civile.* Notava il Montesquieu: « C'est bien une action très bonne de prêter à un autre son argent sans intérêt; mais on sent que ce ne peut être qu'un conseil de religion, et non une loi civile. » *De l'esprit des lois,* Lib. XXII, Cap. XIX; Sarrebruck, 1792.

Concilio di Lione, che qualificavano l'interesse nel mutuo *voraginem, quae animas devorat et facultates exhaurit.* La quale sentenza fu ripetuta dal Concilio di Toledo (1). Domenico Rainaldi diceva che: « Usura (vale a dire l'interesse) contrariatur naturae, quia per usuram pecunia quae sterilis est parere fingitur. Usura est quaedam fera bestia quae argentum semper gignit subfluente tempore. Per usuram usurarii fiunt otiosi et desidiosi (2). » Con quest'ultima sentenza il Rainaldi, canonico di S. Pietro, senza volerlo, si appalesava precursore dei *collettivisti* moderni, i quali appunto, nella lotta contro il capitale, fanno ricorso a questa osservazione.

Gerardo Noodt rispondeva in tal guisa a coloro che disconoscevano la legittimità del mutuo ad interesse: « Si dice, che è conforme ai dettami del diritto razionale, che ciascuno ami il prossimo come sè stesso. *Optime,* ma questa massima *non minus te ad curam mei obligat, quam me ad amorem tui.* Questa massima, aggiungeva il grande giureconsulto, non importa che *tu me utilitate mea eo praetextu spolies; sed ut tu mihi, cum possis, aeque utilis sis, atque ego tibi sim* (3). » In altre parole, è giusto che tu mi possa costringere ad esserti utile, negandomi nello stesso tempo il vantaggio che posso ricavare dal mio danaro?

L'Assemblea Costituente francese, al tramonto del secolo passato, decretò la legittimità del mutuo ad interesse. Da quel momento s'inizia, presso i diversi Stati, un novello periodo in cui si distingue l'*interesse* dall'*usura*. L'*interesse* è il giusto compenso di un servigio prestato, e la legge lo permette; l'*usura* è un compenso sproporzionatamente superiore al servigio, e la legge l'interdice. A questo criterio s'informava la Legge francese dei 3 settembre 1807 da noi sopra ricordata. Più ragionevole fu la Legge emanata il 7 aprile 1828 in queste province del mezzogiorno d'Italia. Il legislatore, « considerando che niuna legge espressa esistendo sulla misura dell'interesse convenzionale, siasi cominciato ad abusare

---

(1) V. Maranta, *Controversarum juris utriusque responsionum,* Pars V, Resp. LXII, num. 19 e 21; Neapoli, 1652.

(2) V. Rainaldi, *Observationum criminalium, civilium et mixtarum,* Vol. II, Cap. XVI, § I, num. 28, 29 e 32; Venetiis, 1717.

(3) V. Noodt, *De foenore et usuris,* Lib. I, Cap. VI; Coloniae Agrippinae, 1763.

di frequente del silenzio della legge per pattuire e riscuotere scandalosi interessi a danno talora d' infelici padri di famiglia, il che sommo pregiudizio arreca alla proprietà, all' agricoltura, all'industria ed al commercio; » prescrisse in tal guisa: « L' interesse convenzionale, così in materia civile, come in materia commerciale, non potrà eccedere la misura che verrà rispettivamente indicata nel corso degli interessi. Eccedendosi questa indicazione, s'incorrerà nell'usura (art. 1). Il corso degli interessi sarà fissato in ogni anno, e sarà pubblicato in tutti i nostri reali dominî nel semestre che precede ciascun anno. Questa pubblicazione seguirà nella forma de'regolamenti di pubblica amministrazione (art. 2). » Abbiamo chiamato *più ragionevole* il sistema della Legge napoletana, imperciocchè la determinazione della misura degli interessi era stabilito che si dovesse fare anno per anno, tenuto conto naturalmente dei rapporti tra l'offerta e la domanda; mentre per la Legge francese il saggio, stabilito dal legislatore, era invariabile.

Il Codice italiano, immutando il diritto che preesisteva nella maggior parte delle regioni della penisola, consacrava il principio della piena libertà nella determinazione degli interessi convenzionali. Sopra abbiamo riferito ciò che fu detto in proposito dalla Commissione Senatoria. Ora aggiungiamo ciò che si legge nella *Relazione* che va innanzi al Codice: « Inscrivendo il principio della libertà degl'interessi, nell'atto che si rende omaggio ai desiderati della scienza economica, si vien consacrando pure una riforma alquanto ardita e contrastata non poco; sicchè ogni rispetto di civile prudenza suggerisca almeno alcuni temperamenti e correttivi, atti ad infrenare gli abusi della sconfinata libertà degl'interessi. Indi l' obbligo imposto con l' articolo 1831 di stipulare per atto scritto l'interesse convenzionale eccedente la misura legale, il che induce un salutare appello al pudore del creditore: indi il benigno presidio conceduto al debitore infelice abilitato a liberarsi da esorbitanti interessi strappati alcuna volta dal tirannico bisogno, mercè la facoltà di restituzione del capitale dopo un termine discreto e prefinito. »

Questi *temperamenti* e *correttivi* alla *riforma alquanto ardita e contrastata non poco,* non hanno prodotto nessun effetto a vantaggio dei debitori. E ciò che si è verificato in Italia, ha avuto luogo pure negli altri paesi, dove parimente

si è proclamata la libertà irrefrenata degli interessi convenzionali. In Germania, in Austria e nell'Ungheria s'è creduto necessario di emanare delle leggi speciali contro l'*usura;* e leggi simili sono invocate negli altri Stati.

Un illustre giurista tedesco osservava in proposito, che sino a pochi anni or sono sarebbe stata giudicata come puramente accademica una quistione intorno all'usura. Ma oggi non si può disconoscere, non può negarsi che la cosa procede diversamente: è una delle quistioni più importanti che domanda una risoluzione (1). I redattori dell'*Annuaire de législation étrangère* esprimevano il medesimo concetto, dicendo: « Un courant d'opinion très accentué s'est prononcé, depuis quelques années, dans les pays du centre de l'Europe, contre les abus résultant de la liberté illimitée du taux de l'intérêt. C'est à ce mouvement de *juste réaction* qu'il faut attribuer le vote, en Prusse, en Autriche et en Hongrie, de lois ayant pour objet de défendre les emprunteurs contre la rapacité des usuriers et notamment contre celle des prêteurs sur gages (2). »

Dopo questa rassegna, in gran parte storica, ci sarà lecito conchiudere che il sistema accolto nel Codice italiano, pur essendo indiscutibile, quando venga giudicato astrattamente, produce gravissime conseguenze a danno dei debitori. Noi non domandiamo che sia cancellato quel principio dal Codice; domandiamo soltanto che al medesimo si trovino *correttivi* e *temperamenti* molto più seri di quelli cui accennavano la Commissione Senatoria ed il Ministro Guardasigilli. Noi non domandiamo che si ritorni al sistema di una determinazione degli interessi per opera del legislatore; chiediamo, come impone la Legge germanica dei 24 maggio 1880,

---

(1) « Noch vor wenig Jahren war diese ganze Wucherfrage das, was man eine akademische nennt. Es ist nutzlos zu verkennen oder zu läugnen, dass sie es nicht mehr ist. Sie steht als Thatsache vor unserer Thüre und formulirt sich als Gesetz in unserer Vertretung. Es ist nutzlos zu läugnen dass, einmal angeregt, die Frage eine Entscheidung fordert. » Stein, *Der Wucher und sein Recht; ein Beitrag zum wirthschaftlichen und rechtlichen Leben unserer Zeit,* nella Prefazione; Vienna, 1880.

(2) V. l'*Annuaire de législation étrangère,* Vol. XI, pag. VII, anno 1882.

che si tenga conto della misura *abituale* degli interessi. Allorchè, abusando dei bisogni del mutuatario, il prestatore, come statuisce la suddetta legge: « si fa promettere dei profitti, i quali eccedono in tal guisa la misura abituale degli interessi, che, secondo le circostanze della causa, questi vantaggi si trovano essere in aperta sproporzione col servigio reso; » allora il mutuante non ha diritto di rivolgersi al giudice, perchè costui ripeta il *pacta servabo* del Pretore romano; ma invece la società deve ascrivere questo fatto nel novero dei reati. La Legge germanica lo punisce col carcere sino a sei mesi e con una ammenda sino a 3000 marchi (1).

Vogliamo dimostrare anche più chiaramente che i *temperamenti* e *correttivi* della libertà, circa la stipulazione degli interessi convenzionali, non sono tali da giustificare l'ordinamento accolto dalla legge.

Il primo temperamento è l'obbligo imposto di stipulare per atto scritto l'interesse convenzionale eccedente la misura legale. Si è fatto appello, dichiarò il ministro, al *pudore del creditore*. « Leggendo queste parole, scriveva il nostro compianto genitore, dubitai alquanto se gli Alfii di oggidì sian diversi da quelli di Orazio, ma poco stante mi ricordai, che sventuratamente sian gli stessi, anzi peggiori. L'appello dunque che si fa al pudore creditorio sa della innocenza dell'età dell'oro, quando non facea d'uopo nè di leggi, nè di confinazioni di proprietà (2). » E la esperienza di ciò che si avvera ogni giorno attesta la esattezza di queste considerazioni. Gli usurai, allo scopo di frodare la legge, nell'atto scritto fanno comparire come capitale quella somma che veramente si compone e del capitale e degli interessi convenzionali anticipati. E lo fanno, come bene osserva il Mirabelli, « per apparire nella società quali persone oneste, e per giunta benefiche, che dànno il loro danaro senza interessi, pattuendo solo forti multe nel caso che il debitore ritardi la restituzione del capitale, affinchè la loro beneficenza non sia con

(1) Questa Legge è riferita integralmente nell'*Annuaire de législation étrangère*, Vol. X, pag. 80 e 81, anno 1881.

(2) V. Lomonaco (Vincenzo), *Aristocrazia e plebe agricola*, Capo VI; Nota letta presso la R. Accademia di Scienze morali e politiche; Napoli, 1873.

ingratitudine compensata dai debitori col ritardare la esecuzione (1). »

Il secondo temperamento consiste nella facoltà data al debitore della restituzione, dopo il quinquennio dal contratto, delle somme portanti un interesse maggiore della misura legale. Questo secondo temperamento, dall'una parte, e l'esperienza lo prova, non giova al debitore, che non è al caso ordinariamente di giovarsi della facoltà concessagli dalla legge; e dall'altra parte può essere talvolta causa di una ingiusta violazione della fede contrattuale, quando l'eccesso sia minimo. Ad esempio, l'interesse convenzionale è il sei o il sette per cento. Con qual diritto il debitore prima della scadenza pattuita restituisce la somma, sul cui impiego per altri anni il creditore faceva assegnamento? « Per quale colpa o trasgressione? Perchè non si è osservata la tassa legale? Ma la libertà degli interessi non è forse solennemente proclamata? Per dare al debitore un tal diritto oltre e contro la convenzione, dovrebbe provarsi la *immoralità* del fatto, l'abuso vero e proprio della libertà concessa, tal cosa che esca dall'ordinario e quasi discopra la pressione che ha subìto il debitore nelle sue condizioni eccezionali (2). » Come si ravvisa agevolmente, il sistema della legge, sotto qualunque aspetto lo si voglia considerare, non può essere approvato.

163. Del deposito e del sequestro.

BIBLIOGRAFIA.—1.° Leyseri, *Disputatio de jure depositi* (Viteb. 1676);— 2.° Magiri, *De jure depositi et sequestrationis* (Marp. 1680);—3.° Müller, *De deposito miserabili* (Jenae, 1680); — 4.° Nobel, *De deposito* (Lugduni-Batavorum, 1711); — 5.° Boucher, *De deposito ejusque speciebus* (Argentorati, 1749); — 6.° Pothier, *Du dépôt* (Paris, 1772);— 7.° De Harveng, *Dissertatio de deposito* (Lovanii, 1826); — 8.° Troplong, *Du dépôt et du séquestre* (Paris, 1856); — 9.° Ewald, *Du dépôt* (Paris, 1871); — 10.° Norsa, *Il sequestro nella legislazione vigente* (Padova, 1879); — 11.° Chironi, *Studio intorno al sequestro giudiziario* (nell'*Archivio giuridico,* Vol. XXIX); — 12.° Jacq-

(1) V. Mirabelli, *Del mutuo,* num. 17; Napoli, 1894.

(2) V. Borsari, *Comm. del Codice civile italiano,* Vol. IV, parte II, § 3991.

min, *Du dépôt* (Paris, 1880); — 13.° Amilhau, *Du dépôt nécessaire* (Toulouse, 1885); — 14.° Bolaffio, *Il deposito e il pegno irregolari* (nel *Foro italiano*, anno 1891, parte I, pag. 539 e seg.);—15.° Guillouard, *Traités du prêt, du dépôt et du séquestre* (Paris, 1892); — 16.° Gallier, *Du dépôt et de la responsabilité des dépositaires, aubergistes, logeurs, dresseurs* etc. (Paris, 1892); — 17.° Mirabelli, *Del deposito e del sequestro* (nei *Contratti speciali*, Napoli, 1894).

Osservano gli interpreti del Diritto romano, che la voce *depositum* ora è adoperata per designare la cosa depositata, ora è usata per indicare il contratto di deposito: « Depositum modo accipitur pro re deposita, modo pro contractu (1). » Avuto riguardo alla terminologia del Codice, la voce *deposito* è destinata a designare il contratto di deposito; quando il Codice vuole indicare l'oggetto del contratto dice abitualmente *cosa depositata* (art. 1840, 1843, 1845, 1846, 1849 ecc.). E solo in pochi articoli colla parola *deposito* si indica dal Codice la cosa depositata (art. 1856, 1860, 1863). Ciò premesso, giusta la definizione che ce ne porge il legislatore, il deposito in genere è un atto, per cui si riceve la cosa altrui coll'obbligo di custodirla e di restituirla in natura (art. 1835) (2). Se la vendita e la permuta trasferiscono la proprietà; se la locazione ed il comodato trasferiscono l'uso della cosa; il deposito non fa che darne la custodia: *quod custodiendum alicui datur*, per servirci delle parole di Ulpiano (L. 1,D. *depositi*). Come è detto in una decisione della Ruota Romana:

(1) V. Corvino, *Jurisprudentiae romanae summarium*, Lib. IV, tit. XXXIV; Amst. 1755.

(2) Il Perezio ci presenta questa definizione del deposito: « Depositum est *contractus, quo res gratis custodienda alicui traditur, ut eadem ipsa res cum reposcetur, bona fide reddatur*. Dico *gratis*, quia si interveniat merces, non depositum, sed potius locatio erit. Dico *custodienda*, ad differentiam aliorum contractuum, qui re ineuntur, in quibus res custodienda non datur; sed ut vel accipientis fiat, ut in mutuo; vel ut ea accipiens utatur, ut in commodato; vel ad securitatem, ut in pignore. Dico, *ut eadem ipsa res reddatur*, in quo similis est hic contractus commodato et pignori; item precario, quia cum res reposcetur, statim restitui debet, et quidem integra, non deteriorata. » V. Perezio, *In Codicem*, Lib. IV, tit. XXXIV, num. 1 e 2; Amst. 1761.

« Possessio in deposito remanet penes deponentem, licet detentio transferatur in depositarium (1). » L'articolo 2115 del Codice, tra i possessori in nome altrui, vale a dire fra coloro che ritengono precariamente la cosa, enuncia espressamente il depositario.

I Romani collocarono il deposito nel novero dei contratti di buona fede (L. 1, § 23, D. *depositi*). Nel Diritto moderno non si riconosce la distinzione tra contratti di buona fede e contratti *stricti juris*; distinzione che costituiva uno dei capisaldi della teoria romana circa gli effetti dei contratti. Il Codice statuisce nell'articolo 1124, che tutti i contratti debbono essere eseguiti di buona fede, ed obbligano non solo a quanto è nei medesimi espresso, ma anche a tutte le conseguenze che secondo l'equità, l'uso o la legge ne derivano. I giureconsulti romani, allorchè collocarono il deposito fra i contratti di buona fede, furono dominati da questo concetto che, nel deposito, più che in qualunque altro contratto, deve signoreggiare la buona fede, la esatta esecuzione degli obblighi assunti. Il sommo Cuiacio (Ad L. 24, D. *depositi*) richiamava le parole di Giovenale, dove si dice che il deposito *est sacer contractus*. Plauto (*Asinaria*, III, 2), proponendosi di enumerare le gesta di uno schiavo malvagio, ricorda specialmente la violazione del deposito, *uti fidentem fraudaveris, uti creditum tibi quod sit, tibi datum esse pernegaris*. I primi cristiani erano osservantissimi della fede del deposito; Plinio ne ha loro resa una testimonianza irrefragabile: *ne fidem fallerent, ne depositum appellati abnegarent*. Di qui si trae che, in tema di deposito, deve ritenersi illecito qualunque patto, in forza del quale si volesse, direttamente o indirettamente, eliminare la buona fede, cui è tenuto il depositario (2).

Vi sono due specie di deposito: il deposito propriamente detto ed il sequestro (art. 1836).

I. Del deposito propriamente detto. — Il deposito propriamente detto è un contratto essenzialmente gratuito (articolo 1837). Se quegli alla cui custodia si è affidata una

(1) Ruota Romana; decisione dei 4 febbraio 1618; V. *Sacrae Rotae Romanae Decisionum recentiorum*, Pars IV, Vol. II, num. 76; Venetiis, 1716.

(2) V. Troplong, *Du dépôt et du séquestre*, num. 3.

cosa, riceve una mercede, non sarà tenuto *ex deposito*, ma *ex conducto*. Così decideva Ulpiano (L. 1, § 8, D. *depos.*); così dovrebbe decidersi ancora sotto l'impero del Diritto moderno. Ben è vero, che il num. 2.° dell'art. 1844 prevede l'ipotesi, che il depositario « ha stipulato una rimunerazione per la custodia del deposito. » Ma allora, come osserva il Pothier (1), il contratto non è vero deposito, non essendo gratuito, ma bensì è un contratto che più si avvicina alla locazione. Se il Codice italiano, come il francese, adopera nell'art. 1844 la voce *depositario*, è forse venuto meno alla scrupolosa esattezza del linguaggio. Ma lo stesso Ulpiano era caduto in tale inesattezza, senza che peraltro il concetto fosse rimasto turbato: « In deposito dolus praestatur solus, nisi forte et merces accessit. » (L. 5, § 2, D. *commod. vel contra*) (2).

Il deposito propriamente detto non può avere per oggetto che cose mobili (art. 1837); e ragionevolmente, imperciocchè, come osserva Osvaldo Illigero nelle sue annotazioni sul Donello, le cose immobili, non potendo trasportarsi da un luogo ad un altro, non sono suscettive di deposito. Il Pothier ha svolto questo concetto con molta precisione. Quale è lo scopo per cui uno dei contraenti confida una cosa all'altro contraente? È per custodirla, affinchè il deponente la trovi presso il depositario quando ne avrà bisogno. Ora, una cosa immobile (un fondo rustico, una casa) non si deve dare in custodia, perchè la si ritrovi; dunque essa non è suscettiva del contratto di deposito. Intanto spesse volte si avvera che colui il quale imprende un viaggio confida ad un amico le chiavi della casa; in tale ipotesi vi sarà contratto di deposito? Sì, risponde il Pothier, vi sarà deposito delle chiavi od anche dei mobili che si trovano nella casa, ma non vi sarà deposito della casa, la quale non potendo essere rimossa, non ha bisogno di essere custodita. Se, nel consegnare le chiavi ad un amico, lo incarico di visitare la casa di tempo in tempo, allo scopo di fare eseguire le riparazioni che potranno essere necessarie, vi sarà allora un contratto di mandato, perchè il debitore assume un'obbligazione che consiste *in faciendo*, ma non vi sarà un deposito della casa (3).

---

(1) V. Pothier, *Dépôt*, num. 31.

(2) « Depositarius mercedem recipiens tenetur conducti. » Caroccio, *Tractatus de deposito,* Pars I, Quaestio I, num. 3; Venetiis, 1593.

(3) V. Laurent, *Principes de droit civil,* Vol. XXVII, num. 78.

Il deposito propriamente detto non è perfetto che colla tradizione della cosa. La tradizione si compie col solo consenso, se la cosa che si conviene di lasciare in deposito, sia già presso il depositario per qualche altro titolo (art. 1837). La tradizione è indispensabile nel deposito, come lo è nel comodato e nel mutuo: contratti essenzialmente reali. Il Codice italiano, con savio consiglio, non ha riprodotta la distinzione fra la tradizione reale o simbolica (*réelle ou feinte*), che si trova nell'articolo 1919 del Codice francese. Per Diritto moderno non si può concepire altra tradizione che la reale; e reale, non simbolica, deve dirsi quella tradizione che si compie col solo consenso, se la cosa che si conviene di lasciare in deposito si trovi già presso il depositario per altro titolo. È la differenza che passa tra lo spiritualismo del Diritto moderno e il materialismo del Diritto romano.

Come ha osservato egregiamente il Pothier, la tradizione della cosa attribuisce al contratto il carattere di deposito sol quando ha come scopo principale la custodia della cosa medesima. Se per avventura si consegna una cosa, ma il fine della consegna non è precipuamente la custodia di essa (*quod custodiendum datur*), in tal caso non si può parlare di deposito, ma invece deve ritenersi che trattasi di vendita, di locazione, di prestito, di mandato, di altro contratto diverso dal deposito. Insegnava in proposito il giureconsulto romano: « Uniuscujusque contractus initium spectandum et causa. » (L. 8, D. *mandati*). Quale confusione deriverebbe, in rapporto alla classificazione dei contratti, se si volesse ravvisare la figura del deposito in tutti i casi nei quali, non principalmente, ma accessoriamente si trova che il debitore ha il dovere di custodire una cosa? Il Troplong sapientemente richiama a tal riguardo la dottrina insegnata da Bartolo. La dottrina è questa: « Quando procedit contractus perfectus, et adjicitur conventio quae potest cadere in nomen contractus, potius inducitur informatio primi, quam novus contractus. » Vale a dire, quando esiste un contratto, e vi si aggiunge una convenzione che può prendere il nome di un altro contratto, si deve ritenere tale convenzione come una conferma di ciò che è stato fatto, anzichè come un contratto diverso. Il presidente Fabro, riproducendo la dottrina di Bartolo, ne assegnava la ragione: allo stesso modo che i filosofi non moltiplicano le entità, quando non ve ne è bisogno, i giu-

reconsulti non debbono senza necessità moltiplicare i contratti. Nelle fonti troviamo dei testi dove specialmente si determina il discernimento da farsi tra il deposito ed il mandato. Citiamo un frammento di Ulpiano. Io vi do l'incarico di consegnare una cosa a Tizio, ed aggiungo: nel caso che Tizio non voglia riceverla, voi custodirete la cosa. Tizio rifiuta il ricevimento della cosa, che resta perciò presso di voi. Siete voi un depositario od un mandatario? Pomponio esitò nel decidere la quistione, ma io, dice Ulpiano, sono di avviso che non si possa parlare di deposito: « Pomponius dubitat: puto tamen, mandati esse actionem; quia plenius fuit mandatum, habens et custodiae legem. » (L. 1, § 12, D. *depositi*). Ulpiano richiama un altro caso preveduto da Pomponio: « Idem Pomponius quaerit, si tibi mandavero, *ut rem ab aliquo meo nomine receptam custodias,* idque feceris, mandati, an depositi tenearis? Et magis probat, mandati esse actionem, quia hic est primus contractus. » (L. 1, § 13, D. *Ibidem*). E ragionevolmente: nel caso figurato da Pomponio la custodia della cosa non è lo scopo principale del contratto.

Il deposito propriamente detto è volontario o necessario (art. 1838).

1.° Del deposito volontario.—Il deposito volontario ha luogo per consenso spontaneo di chi dà e di chi riceve la cosa in deposito (art. 1839). Nel progetto presentato alla disamina della Commissione Coordinatrice (art. 1863) era detto: « consenso *reciproco.* » La Commissione adottò l'espressione di consenso *spontaneo,* perchè questo vocabolo *spontaneo* « serve a meglio chiarire la differenza tra questa maniera di deposito e quello che si dice deposito *necessario*, nel quale concorre anche il consenso delle parti, ma tale consenso è determinato dalla sopravvegnenza di fatti straordinari che ne tolgono la *spontaneità* specialmente nel deponente (1). »

Il deposito volontario non si può regolarmente fare se non dal proprietario della cosa depositata, ovvero col suo consenso espresso o tacito (art. 1840). Ma l'art. 1840 non intende di escludere dal diritto di depositare coloro che hanno il godimento della cosa per un titolo che sostituisce quello del proprietario, giacchè questo titolo in simili casi equivale al mandato espresso o tacito di cui parla il citato articolo.

(1) Verb. num. 45 della Commissione Coordinatrice.

Il proprietario in tali casi dovrebbe rispettare il deposito (1).

Il deposito volontario non può aver luogo che fra persone capaci di contrattare. Ciò non ostante, una persona capace di contrattare che accetta il deposito fattole da una persona incapace è tenuta a tutte le obbligazioni di un vero depositario; essa può essere convenuta in giudizio dal tutore o dall'amministratore della persona che ha fatto il deposito (art. 1841). Se il deposito è stato fatto da una persona capace ad una incapace, quella, che ha fatto il deposito, non ha che l'azione rivendicatoria della cosa depositata, finchè questa si trova presso il depositario, ovvero un'azione di restituzione sino alla concorrenza di quanto si fosse rivolto in vantaggio di quest'ultimo (art. 1842). Vuole essere osservato, che quando la cosa depositata si trova presso il depositario incapace, la legge concede al deponente l'azione di rivendicazione, e non l'azione *depositi,* imperciocchè l'incapacità di colui cui è affidata la cosa rende nullo il contratto di deposito. Vuolsi però notare, che il Codice si serve di una espressione inesatta, quando parla di *azione rivendicatoria* che compete al deponente. Questo deponente può non essere proprietario della cosa. Egli ha diritto di *riavere* la cosa. L'azione che a lui compete, nel caso preveduto dal Codice, è un'azione di restituzione, non di rivendicazione. Il deponente altro non deve dimostrare che il fatto della consegna della cosa, e quello di trovarsi la medesima ancora presso il depositario (2).

A) *Degli obblighi del depositario.* — Il depositario deve usare, nel custodire la cosa depositata, la stessa diligenza che usa nel custodire le cose proprie (art. 1843). Egli è dunque tenuto alla diligenza *in concreto.* Soltanto allora può dirsi in colpa, quando nella custodia delle cose depositate non reca quella diligenza che è solito ad usare per le cose proprie. « Fraude non caret (dice il giureconsulto romano): nec enim, salva fide, minorem iis quam suis rebus diligentiam praestabit. » (L. 32, D. *depositi*). Non vuolsi dimenticare, che il depositario rende un servigio di amico disinteressato; quindi non lo si può obbligare ad avere per la cosa altrui cure mag-

---

(1) V. Troplong, *Du dépôt et du séquestre*, num. 40.

(2) V. Mirabelli, *Del deposito*, num. 6; nei *Contratti speciali*, Napoli, 1894.

giori di quelle che adopera per le proprie. Il deponente, disse il Portalis, è libero nella sua scelta; se colloca male la sua confidenza, commette un errore, che compensa ed eguaglia in certo modo la negligenza del depositario.

Vi sono nondimeno delle circostanze che sommettono il depositario ad una più grave risponsabilità. A norma dell'articolo 1844, in quattro casi la disposizione del precedente articolo 1843 si deve applicare con maggior rigore:

1.° Quando il depositario si è offerto a ricevere il deposito. Dice Ulpiano: *si se quis deposito obtulit* (L. 1, § 35, D. *depositi*) Ecco un esempio pôrtoci dal Donello. Una persona che non ha intenzione di fare un deposito s'incontra in una altra che le dice: « Voi partite, e sarebbe un'imprudenza lasciare il vostro danaro in una casa che, sebbene custodita con ogni specie di serrature, è nondimeno soggetta ad essere di notte tempo derubata. Affidatelo a me, che lo conserverò diligentemente. » In tal caso la suggestione officiosa dell'amico ha determinato il deposito, con una implicita ma necessaria promessa di una vigilanza maggiore dell' ordinaria (1).

2.° Quando il depositario ha stipulato una rimunerazione per la custodia del deposito. È evidente la ragione per cui si rende più grave la risponsabilità di colui che ha stipulato una rimunerazione. In questo caso il contratto perde la sua natura di puro deposito, e si avvicina alla locazione di opere.

3.° Quando il deposito si è fatto unicamente per l'interesse del depositario. Di questo caso troviamo un bell' esempio in un frammento del giureconsulto Ulpiano: « Si quis nec causam, nec propositum foenerandi habuerit, et tu empturus praedia, desideraveris mutuam pecuniam, nec volueris creditae nomine, antequam emisses, suscipere, atque ita creditor,

(1) V. Donello, sulla L. 1, Cod. *depositi*, num. 21. Dall' addotto esempio si trae che nè il Diritto romano, nè il Codice han voluto frapporre ostacoli alle premure dell' amicizia che vengono in soccorso di colui che, pur desiderando di trovare una persona di fiducia, non osa forse di avanzare la domanda diretta di incaricarsi del deposito. Il Diritto romano e il Codice intendono parlare del depositario, il quale, colle sue premure, ha determinato il deponente a fare un deposito, cui questi non pensava. V. Troplong, *Ibidem*, num. 78.

quia necessitatem forte proficiscendi habebat, deposuerit apud te hanc eandem pecuniam, *ut si emisses, crediti nomine obligatus esses,* hoc depositum periculo est ejus, qui suscepit. » (L. 4, D. *de rebus creditis*). Voi di qui a tre mesi avete l'intenzione di comprare un fondo; ma, non avendo la somma che il venditore richiede, mi pregate a prestarvela quando giungerà il tempo dell'acquisto. Io consento al mutuo, da farsi di qui a tre mesi, quando verrà il giorno del contratto di vendita. Intanto, scorsi pochi giorni dalla promessa, io per gravi ragioni debbo lasciare il luogo della dimora abituale per recarmi in lontane regioni. Allora, prevedendo la mia assenza al tempo designato pel contratto di vendita, prima di partire vi lascio la somma richiestami, per adoperarla nell'acquisto che pensate di fare al tempo convenuto. In questa ipotesi è chiaro, che voi non avete inteso di obbligarvi a titolo di prestito se non quando si reca ad effetto la compra; nel tempo che precede il contratto correlativo, non avete consentito che ad essere un semplice depositario. Nel concorso delle enunciate circostanze, tutti gl'interpreti ritengono che il deposito sia stato fatto nell'unico interesse del depositario; ed allora trova applicazione ciò che è disposto nel numero 3.° dell'articolo 1844, che il depositario è tenuto ad una risponsabilità maggiore di quella cui sarebbe tenuto nei casi ordinari.

4.° Quando si è convenuto espressamente che il depositario sarà obbligato per qualunque colpa. La legge rispetta questa convenzione delle parti, che tende a sottoporre il depositario ad una più scrupolosa osservanza della fedeltà nella custodia del deposito. Ma, come è detto dal legislatore, le parti debbono fare questa convenzione *espressamente*. L'avverbio del Codice risponde all'altro di cui fa uso Ulpiano: « si hoc *nominatim* convenit. » (L. 1, § 35, D. *depositi*).

Il depositario non è risponsabile in verun caso per gli accidenti prodotti da forza maggiore, eccetto che sia stato costituito in mora per la restituzione della cosa depositata (art. 1845). Dalle parole di cui si serve il legislatore (*in verun caso*), non bisogna indurre che non si possa con una formale convenzione mettere a carico del depositario la forza maggiore. Ulpiano si pronunzia espressamente per l'affermativa: « Item si quis pactus sit, ut ex causa depositi omne periculum praestet, Pomponius ait: *pactionem valere.* » (L. 7, § 15,

D. *de pactis*). Se una tale clausola sembra a prima fronte di una esorbitanza ingiustificabile, vuolsi considerare che talvolta il deposito si fa nell'interesse tanto del deponente che del depositario, talvolta anche nel solo interesse di costui.

Il depositario non può servirsi della cosa depositata senza l'espresso o presunto permesso del deponente (art. 1846). Quando si deposita una somma di danaro, od altra cosa che *usu consumitur*, concedendo al depositario il diritto di servirsene, allora si ha il deposito che dicesi *irregolare* (1). Tale permesso trasferisce nel depositario il dominio della cosa; ecco perchè, secondo lo Scaccia, questa specie di deposito *habet naturam mutui;* ed il depositario è sempre tenuto alla restituzione di quanto a lui si è affidato, *quia genus perire non potest.* Ma vuolsi notare che il deposito, anche irregolare, si fa nell'interesse del deponente, il quale a sua volontà può chiedere in qualunque tempo la restituzione della cosa; ed in ciò differisce dal mutuo, che si fa nell'interesse principale del mutuatario.

Il depositario non può in alcun modo tentare di scoprire le cose depositate presso di sè, quando gli sono state affidate in una cassa chiusa o in un involto suggellato (art. 1847). Tale disposizione ha per iscopo principalmente di costituire il depositario risponsabile di tutti i danni che possono derivare dall'apertura della cassa o dalla rottura dell'involto.

Il depositario deve restituire l'identica cosa che ha ricevuto. Un deposito di danaro, quando il depositario avesse avuto il permesso di usarne, deve restituirsi nelle medesime specie in cui fu fatto, nel caso tanto d'aumento quanto di diminuzione del loro valore (art. 1848).

Il depositario non è tenuto a restituire la cosa depositata, che in quello stato in cui si trova al tempo della restituzione. I deterioramenti avvenuti senza sua colpa sono a carico del deponente (art. 1849). Il depositario, a cui la cosa depositata fu tolta per forza maggiore, e che ha ricevuto in luogo di quella una somma di danaro o qualche altra cosa, deve restituire ciò che ha ricevuto (art. 1850).

---

(1) « Ein s. g. *depositum irregulare* wird dann angenommen, wenn Geld oder andere Fungibilien so deponirt werden, das nicht die deponirten Sachen in specie, sondern nur *tantundem ejusdem generis* zurückgegeben werden soll. » Vangerow, *Lehrbuch der Pandekten*, Parte III, § 630; Leipzig, 1869.

L' erede del depositario, il quale ha venduto in buona fede la cosa che ignorava essere depositata, è obbligato soltanto a restituire il prezzo ricevuto, o a cedere la sua azione verso il compratore nel caso che il prezzo non gli sia stato pagato (art. 1851). Sulle orme del Diritto romano (L. 1, § 47, D. *depositi*), il Codice ha qui statuite norme speciali per la restituzione da farsi dagli eredi del depositario. Costui non può ignorare il deposito; e quindi, facendo uso della cosa depositata, commette una colpa e deve rispondere delle conseguenze di essa. Ma i suoi eredi possono benissimo ignorare il deposito, e credere che la cosa trovata nel patrimonio del defunto apparteneva a lui. In tal caso qual colpa loro si può imputare, se han venduto questa cosa?

Il depositario è tenuto a restituire i frutti che la cosa depositata avesse prodotto, e che fossero stati da lui riscossi. Egli non è debitore di alcun interesse del danaro depositato, se non dal giorno in cui fu costituito in mora a farne la restituzione (art. 1852). È la sanzione della teoria romana (1).

Il depositario non deve restituire la cosa depositata se non a colui che gliel'ha affidata, o a colui in nome del quale fu fatto il deposito, o alla persona indicata per riceverlo. Quando una persona capace ha accettato il deposito fattole da una persona incapace, può essere convenuta in giudizio dal tutore o dall' amministratore della persona che ha fatto il deposito perchè sia loro restituita la cosa depositata (articolo 1853): disposizione sommamente morale, perchè tende ad impedire le dissipazioni degli incapaci (2).

Il depositario non può pretendere che il deponente provi di essere proprietario della cosa depositata. Ciò non ostante, se scopre che la cosa è stata rubata e chi ne è il vero padrone, deve denunziare a questo il deposito fatto presso di sè, intimandogli che lo reclami in un determinato e congruo termine, salve le disposizioni del Codice penale. Se quegli a cui fu fatta la denunzia è negligente nel reclamare il de-

(1) « Si possessionem naturalem revocem, proprietas mea manet: videamus de fructibus. Et quidem in deposito et commodato fructus quoque praestandi sunt. » (L. 38, § 10, D. *de usuris et fructibus*). « Usurae in depositi actione, sicut in caeteris bonae fidei judiciis, ex mora venire solent. » (L. 2, Cod. *depositi*).

(2) V. Troplong, *Ibidem*, num. 138.

posito, il depositario è validamente liberato colla consegna del deposito a colui dal quale lo ha ricevuto (art. 1854). La disposizione del Codice per le cose *rubate*, non si applica al caso in cui una cosa *smarrita* fosse stata depositata da chi l'ha trovata: essa vuole essere circoscritta al caso espressamente preveduto. D'altra parte, le considerazioni di ordine pubblico su cui è fondata non sono le stesse pel deposito delle cose smarrite, come per quello delle cose rubate (1).

In caso di morte del deponente, la cosa depositata non può restituirsi che all'erede. Se vi sono più eredi, la cosa depositata deve restituirsi ad ognuno di essi per la sua porzione. Se la cosa non è divisibile, essi debbono fra loro accordarsi sul modo di riceverla (art. 1855). La disposizione del Codice deve trovare applicazione, anche quando nell'atto del deposito il deponente avesse indicato una persona a cui farsi la restituzione, nel caso della sua morte. Come ebbe a notare l'oratore del Tribunato, quando si discusse il Codice francese, se la legge avesse chiusi gli occhi su depositi da consegnarsi dopo la morte del deponente, indarno nel sistema successorio si sarebbero stabilite delle incapacità, delle proibizioni, delle riserve; giacchè i depositi avrebbero favoriti gli incapaci, richiamati in vigore i fedecommessi, delusi i riservatarî.

Se per avvenuto cambiamento di stato il deponente ha perduto l'amministrazione de'suoi beni dopo il deposito, questo non può restituirsi se non a colui che ha l'amministrazione dei beni del deponente (art. 1856). E tal regola deve applicarsi anche quando, nell'atto del deposito, si fosse designata una persona cui si dovesse fare la restituzione.

Se il deposito è stato fatto dal tutore o da un altro amministratore in tale qualità, e la sua amministrazione è finita al tempo della restituzione, questa non si può fare che alla persona già rappresentata od al nuovo rappresentante (articolo 1857).

Se nel contratto di deposito si è indicato il luogo in cui deve farsi la restituzione, il depositario è tenuto di trasportarvi la cosa depositata. Le spese di trasporto che occorressero sono a carico del deponente (art. 1858). La restituzione deve farsi, se il contratto non indica il luogo, in quello ove si trova la cosa depositata (art. 1859). Il depositario adempie

(1) V. Zachariae, *Cours de droit civil*, Vol. II, § 403.

ad un ufficio di amico; e sarebbe contrario a tutti i principì di giustizia e di equità, il costringerlo a trasferirsi da un luogo ad un altro per recare ad effetto la restituzione del deposito. Ma noi crediamo necessario di fare un'altra osservazione sul precetto del Codice, circa il luogo in cui deve farsi la restituzione della cosa depositata, quando il contratto serba silenzio su questo punto. Statuisce il Codice, che la restituzione deve farsi nel luogo dove si trova la cosa depositata. In tema di obbligazioni in generale, quando la legge determina il luogo del pagamento nel silenzio del contratto, si dispone che il pagamento si deve fare al domicilio del debitore (art. 1249). In tema di deposito, nel silenzio del contratto, la restituzione deve farsi nel luogo dove si trova la cosa depositata, non già nel luogo del domicilio del depositario. Lo speciale ordinamento della legge, trattandosi della restituzione del deposito, ha il suo fondamento, come avvertono gli scrittori, sulla presunta intenzione delle parti, così del deponente come del depositario. Ove per avventura la restituzione si dovesse fare in un luogo diverso da quello che il Codice designa nell'articolo 1859, il depositario sarebbe tenuto a trasportare la cosa, e le spese del trasporto sarebbero a carico del deponente. Quando i contraenti lo hanno dichiarato, in tal caso la convenzione sarà eseguita; il depositario ed il deponente non possono insorgere contro la propria dichiarazione. Ma quando manca una manifestazione di volontà in proposito, e tale appunto è la ipotesi preveduta nell'articolo 1859, sapientemente l'autore della legge ha presunto che intenzione delle parti sia quella di volere la restituzione facile da parte del depositario, non sottoposta a spese non necessarie da parte del deponente.

Quando deve farsi la restituzione delle cose depositate? « Si quis vel pecunias, vel res quasdam per depositionis acceperit titulum, eas volenti ei qui deposuit, reddere *illico* modis omnibus compellatur. » (L. 11, Cod. *depositi*). Allo stesso modo statuisce il Codice: Il deposito si deve restituire al deponente appena lo domanda, quantunque siasi fissato nel contratto un termine per la restituzione, purchè non siavi presso il depositario un atto di sequestro o di opposizione nei modi stabiliti dalla legge. Parimente il depositario può obbligare il deponente a ritirare il deposito; ma se per motivi speciali il deponente vi si oppone, spetta all'autorità giudiziaria il pronunziare (art. 1860).

Dice il giureconsulto romano: « Neque pignus, neque *depositum*, neque precarium rei suae consistere potest. » (L. 45, D. *de div. reg. jur.*). Quindi ogni obbligazione del depositario si estingue, quando venga a scoprire e provi che a lui stesso appartiene la cosa depositata (art. 1861).

B) *Degli obblighi del deponente.*—Il deponente è obbligato a rimborsare il depositario delle spese fatte per conservare la cosa depositata e a tenerlo indenne di tutte le perdite di cui il deposito può essergli stato occasione (art. 1862). Il depositario può ritenere il deposito sino all'intero pagamento di tutto ciò che gli è dovuto per causa del deposito stesso (art. 1863).

I Dottori non erano d'accordo nel concedere al depositario questo *jus retentionis*. Donello e Voet propugnavano la negativa; niun credito, essi dicevano, può dispensare il depositario dal restituire immediatamente la cosa depositata. Il Vinnio sostenne la contraria sentenza, accolta dal Codice Napoleone e dal nostro. Notisi peraltro che il diritto di ritenzione non ha luogo pei crediti derivanti da cause estranee al deposito (1).

2.° Del deposito necessario. — Il deposito necessario è quello a cui uno è costretto da qualche accidente, come un incendio, una rovina, un saccheggio, un naufragio o altro avvenimento non preveduto (art. 1864). Questo deposito dicesi *necessario*, perchè ha la sua origine in una *necessità* derivante da forza maggiore. E, come ben dice Ulpiano: « continet fortuitam causam depositionis ex necessitate descendentem, non ex voluntate proficiscentem. » (L. 1, § 2, D. *depositi*). I Dottori lo chiamavano deposito *miserabile*.

Il deposito necessario è sottoposto a tutte le regole del deposito volontario, salvo quanto è disposto dall'art. 1348 (art. 1865). La disposizione dell'art. 1348 è relativa alla prova per testimoni; che, qualunque sia il valore della cosa, sempre si ammette in materia di deposito necessario. E siffatta prova può aggirarsi tanto intorno al fatto stesso del deposito, che intorno alla natura ed al valore delle cose depositate (2).

Gli osti e gli albergatori sono obbligati come depositari,

(1) V. Troplong, *Ibidem*, num. 196.

(2) V. Zachariae, *Cours de droit civil*, Vol. II, § 405.

per gli effetti portati entro i loro alberghi dal viandante che vi alloggia: il deposito di tali effetti deve riguardarsi come un deposito necessario (art. 1866). Essi sono obbligati pel furto o pel danno arrecato agli effetti del viandante, nel caso che il furto sia stato commesso, o che il danno sia stato arrecato dai domestici o dalle persone preposte alla direzione degli alberghi, o da estranei che li frequentano (art. 1867). Essi non sono obbligati pei furti commessi a mano armata o altrimenti con forza maggiore, o per negligenza grave del proprietario (art. 1868).

Il deposito di cui è parola nei tre articoli sopra riferiti non è *necessario* che per *assimilazione*, come ben si rileva dai testi del Diritto romano. La ragione dell'assimilazione riposa su ciò, che il viandante è in qualche guisa costretto a stare alla fede degli osti e degli albergatori: « Quia *necesse est* plerumque eorum fidem sequi, et res custodiae eorum committere; » diremo con Ulpiano (L. 1, D. *nautae*, *caupones* etc.). Il Baudry-Lacantinerie ha svolto benissimo questo concetto, ha giustificato pienamente il sistema della legge. Il precetto del Codice era necessario per la sicurezza dei viaggiatori, *qui est un besoin de premier ordre*. Un viaggiatore non si trova in condizione di fare delle inchieste circa la moralità dell'albergatore al quale egli vuole domandare l'alloggio. D'altra parte, come osserva il Laurent, l'albergatore *s'offre à la confiance du public,* egli promette ai viaggiatori che troveranno presso di lui una completa sicurezza per le persone e per le cose. È appunto questa sicurezza che moltiplica i viaggi, e sono gli albergatori quelli che ne profittano (1).

II. Del sequestro. — Un giurista italiano, Vincenzo Caroccio, nell'imprendere lo svolgimento della teoria del sequestro, la chiamava *materia utilis, difficilis et fructuosa*, imperciocchè *experientia docet frequentiam sequestrorum* (2). Il sequestro è il deposito di una cosa controversa, fatto da due o più persone, sia d'accordo, sia per ordine del magistrato, nelle mani di un terzo, che s'incarica di custodirla e resti-

(1) V. Baudry-Lacantinerie, *Précis de droit civil*, Vol. III, numero 873; Paris, 1892.

(2) V. Caroccio, *Tractatus de sequestro*, Quaestio I, num. 1; Venetiis, 1593.

tuirla secondo certe condizioni. Da questa definizione del Donello, accolta dal Pothier, si trae che il sequestro è *convenzionale* o *giudiziario* (art. 1869).

1.° Del sequestro convenzionale. — Il sequestro convenzionale è il deposito di una cosa controversa fatto da due o più persone presso un terzo che si obbliga di restituirla, terminata la controversia, a colui al quale sarà dichiarato che debba appartenere (art. 1870). Ecco una prima differenza tra il deposito ed il sequestro: nel deposito la cosa deve restituirsi al deponente, tosto ch'ei la domanda; nel sequestro invece la cosa deve restituirsi, terminata la controversia, a colui al quale sarà dichiarato che debba appartenere. La persona presso cui fu depositata la cosa, trattandosi di sequestro, deve ripetere le parole di Plauto richiamate dal Cuiacio (Ad L. 6, D. *depositi*): *Ego servabo; neutri reddibo donec res dijudicata fuerit.*

Il sequestro può non essere gratuito (art. 1871). È questa una seconda differenza che passa tra il sequestro e il deposito propriamente detto, il quale è essenzialmente gratuito. Quando il sequestro è gratuito, è sottoposto alle regole del deposito propriamente detto, salve le differenze indicate in appresso (art. 1872).

La terza differenza tra il sequestro ed il deposito propriamente detto è segnata nell'art. 1873. Mentre il deposito propriamente detto non può avere per oggetto che cose mobili, il sequestro può avere per oggetto beni mobili ed immobili.

Il depositario incaricato del sequestro non può essere liberato prima che sia terminata la controversia, se non mediante il consenso di tutte le parti interessate o per una causa giudicata legittima (art. 1874). Spetta al prudente arbitrio dell'autorità giudiziaria decidere, in caso di contestazione, intorno alla legittimità della causa allegata dal depositario. Gli scrittori peraltro adducono taluni esempi a tal riguardo. Dovrebbe ritenersi causa legittima la necessità di un viaggio che il depositario deve imprendere per la gestione del suo patrimonio; e a maggior ragione dovrebbe giudicarsi causa legittima una infermità che renda impossibile al depositario di custodire personalmente la cosa altrui (1). Per

(1) V. Mirabelli, *Del deposito e del sequestro,* num. 30; Napoli, 1894.

quanto si attiene alle *parti interessate*, mediante il consenso delle quali il depositario può essere liberato, anche prima che sia terminata la controversia, dobbiamo ripetere l'osservazione che fanno concordemente gli espositori del Codice. L'osservazione è questa, che per *parti interessate* non si debbono intendere soltanto coloro che sono intervenuti nell'atto di sequestro, che vi hanno prestato il loro assenso. E spieghiamo questo concetto. Nel corso del giudizio, che si è iniziato tra Primo e Secondo, può avverarsi che sia intervenuta nello stesso o vi sia stata chiamata un'altra persona, che afferma di avere un diritto sulla cosa cui il sequestro si riferisce. In tal caso è evidente che questa persona deve essere collocata nel novero delle *parti interessate*, il cui consenso è necessario per la liberazione del depositario prima che sia terminata la controversia; beninteso che il consenso di questa persona deve giudicarsi necessario sol quando abbia legalmente portato a notizia del depositario il suo intervento o la sua chiamata in causa, donde deriva il suo diritto di opporsi alla restituzione della cosa senza il suo consenso. La liberazione del depositario senza il suo assenso potrebbe vulnerare le sue ragioni.

2.° Del sequestro o deposito giudiziario. — Oltre i casi stabiliti dal Codice di procedura civile, l'autorità giudiziaria può ordinare il sequestro: 1.° Di un immobile o di una cosa mobile, la cui proprietà o il cui possesso sia controverso fra due o più persone; 2.° Delle cose che un debitore offre per la sua liberazione (art. 1875).

La destinazione di un depositario giudiziale produce fra il sequestrante e il depositario vicendevoli obbligazioni. Il depositario deve usare per la conservazione delle cose sequestrate la diligenza di un buon padre di famiglia. Deve presentarle tanto per soddisfare il sequestrante colla vendita, quanto per restituirle alla parte contro cui sono state fatte le esecuzioni, in caso di rivocazione del sequestro. L'obbligo del sequestrante consiste nel pagare al depositario la mercede stabilita dalla legge, o in mancanza dall'autorità giudiziaria (art. 1876). Il depositario giudiziale riceve una mercede: perciò la convenzione che intercede con lui, piuttosto che un deposito, deve dirsi una locazione. Ecco perchè la legge lo vuole sottoposto alla diligenza *in abstracto*. Il depositario ordinario deve adoperare nel custodire la cosa altrui la stessa

diligenza che usa nel custodire le cose proprie (art. 1843); invece, il depositario giudiziale è tenuto ad usare la diligenza di un buon padre di famiglia.

Il sequestro giudiziario viene affidato o ad una persona sulla quale le parti interessate sieno fra loro d'accordo, o ad una persona nominata d'uffizio dall'autorità giudiziaria. Nell'uno e nell'altro caso, quegli a cui venne affidata la cosa, è sottoposto a tutti gli obblighi che produce il sequestro convenzionale (art. 1877).

164. Del pegno.

Bibliografia. — 1.° Neguzantius, *Tractatus de pignoribus et hypothecis* (Venetiis, 1566); — 2.° Musschenbroeck, *De lege commissoria in pignore* (Bremae, 1773); — 3.° Pothier, *Traité du contrat de nantissement* (Paris, 1776); — 4.° Minguet, *Dissertatio historica jur. de pignoribus et hypothecis apud Romanos* (Gandavi, 1826); — 5.° Lorel, *Du contrat de gage* (Paris, 1858); — 6.° Grémillon, *Du droit réel de gage ou d'hypothèque* (Paris, 1865); — 7.° Reuflet, *Du contrat de gage* (Paris, 1868); — 8.° Jullemier, *Du gage* (Paris, 1872); — 9.° Laillet, *Du contrat de gage* (Epinal, 1875); — 10.° Giusto, *Considerazioni sul contratto di pegno, e più specialmente sul contratto di pegno sopra i crediti* (nella *Legge*, anno 1883, Vol. II, pag. 66 e seg.); — 11.° Lucas, *De la préférence des Romains pour les garanties personnelles comparées aux sûretés réelles* (Toulouse, 1886); — 12.° Chironi, *Trattato dei privilegi, delle ipoteche e del pegno* (Torino, 1894); — 13.° Mirabelli, *Del pegno* (nei *Contratti speciali*, Napoli, 1894).

Vuolsi notare in via preliminare che la voce *pegno* ha tre diversi significati. Essa designa: 1.° Il contratto, col quale un debitore dà una cosa mobile a garantìa di un debito, rimettendola nelle mani del creditore o di un terzo eletto dalle parti; 2.° La garantìa particolare che produce nell' interesse del creditore; 3.° L'oggetto sul quale il creditore acquista il diritto particolare che forma la sua garantìa (1). Ciò premesso l'articolo 1878 così definisce il pegno: un contratto, col

(1) V. Mourlon, *Répétitions écrites*, sull'art. 2072 del Codice francese.

quale il debitore dà al creditore una cosa mobile per sicurezza del credito, da restituirsi in natura dopo l'estinzione del medesimo (1). Di qui si trae, che non v'ha contratto di pegno se la cosa non sia stata consegnata al creditore. La semplice stipulazione del pegno attribuisce al creditore l'azione personale per astringere il debitore a consegnargli la cosa, ma non gli attribuisce il diritto reale od il possesso legale della cosa stessa. Non è però necessario, che il pegno venga consegnato alla persona stessa del creditore; le parti, come è detto espressamente nell'art. 1882, possono convenire nella scelta di un terzo nelle cui mani rimettere il pegno.

Il pegno suppone necessariamente l'esistenza di una obbligazione principale cui si rannoda e della quale deve assicurare l'esecuzione (2). Gli scrittori hanno esaminata la quistione sulla efficacia del contratto di pegno, quando l'obbligazione, il cui adempimento si vuole garantire, è un'obbligazione naturale. Il Ricci richiama in primo luogo la risoluzione affermativa data dal Borsari, il quale dice: « L'assicurazione del pagamento data dal debitore mediante il fatto del pegno deve valere, a creder mio, come il pagamento stesso all'effetto che la obbligazione naturale essendo divenuta civile, non possa essere impugnata (3). » Il Ricci soggiunge: « Non possiamo dividere questa opinione. L'obbligazione naturale non è produttiva di alcun effetto, essa solo non dà luogo a ripetizione, allorchè si è volontariamente soddisfatta (art. 1237). Ora si afferma che la costituzione del pegno equivale a pagamento; ma questa affermazione è inesatta; non

(1) Gaio ci dà questa etimologia della voce *pegno:* « Pignus appellatur a *pugno*, quia res quae pignori dantur manu traduntur. » (L. 238, D. *de verb. signif.*). Il Salmasio (*De modo usurarum*) critica a ragione questa etimologia: « Absurdum pignus a *pugno* deducere, cum pugnus clausam manum significet. Unde et pugnus pro ictu, qui clausa manu incutitur: inde et pugiles. » — Osserva il Windscheid: « Das römische Wort für Pfand ist *pignus*, von *pago* oder *pango*, griech. πήγνυμι, fest machen, befestigen. » *Lehrbuch des Pandektenrechts*, Vol. I, § 224, nota 1; Stuttgart, 1879.

(2) V. Baudry-Lacantinerie, *Précis de droit civil*, Vol. III, numero 1014; Paris, 1892.

(3) V. Borsari, *Comm. del Codice civile italiano*, Vol. IV, parte II, § 4035.

solo perchè una cosa è dare un pegno ed altra il soddisfare il debito, ma perchè il pegno in tanto si dà, in quanto il pagamento non si è ancor fatto (1). » Veramente noi non troviamo la ragione della necessità che ha mosso il Ricci a combattere la teoria enunciata dal Borsari. Il Ricci, nell'imprendere lo svolgimento della dottrina delle obbligazioni in generale, dichiara che giusta il suo avviso (che non è esatto), « obbligazioni naturali il nostro Codice non riconosce; » e che l'obbligazione naturale di cui parla il Codice non è altro che un « puro obbligo di coscienza. » Quando non si debbono riconoscere addirittura obbligazioni naturali, è chiaro che non può parlarsi di assicurazione delle medesime mediante un pegno. Ciò dicendo, non intendiamo certo di approvare la teoria del Borsari. Il Diritto moderno, in rapporto alle obbligazioni naturali, si limita allo stabilimento del principio, che non è ammessa la ripetizione di ciò che siasi volontariamente soddisfatto. Tutto ciò che si dice dagli scrittori e si enuncia dalla giurisprudenza, in tema di obbligazioni naturali, oltre la disposizione dianzi richiamata, è campato in aria; lo abbiamo altrove avvertito, ed ora siamo costretti a ripeterlo. In tema di obbligazioni naturali, il ricordo dei principî propugnati dai giureconsulti romani è di nessuna importanza sotto l'impero del Diritto moderno; anzi questo ricordo è causa spesse volte di errori più o meno gravi.

Perchè sia valida la costituzione del pegno, è necessario che quegli che dà il pegno sia proprietario della cosa, e sia capace di disporre della medesima; la seconda condizione è richiesta per una ragione evidentissima, ch'è questa: il pegno conferisce al creditore il diritto di farsi pagare con privilegio sulla cosa pignorata (art. 1879). Dunque il risultamento definitivo della costituzione del pegno è l'alienazione della cosa, quando il debitore non assolve l'obbligazione. Il pegno della cosa altrui deve reputarsi nullo; ma, nei rapporti fra creditore e debitore, la nullità del pegno della cosa altrui può essere opposta dal creditore, non dal debitore (arg. dall'articolo 1459). Nel caso che siasi data in pegno una cosa altrui, senza il consenso del proprietario, questo proprietario della cosa data in pegno può ripeterla anche contro il creditore;

(1) V. Ricci, *Corso teorico pratico di diritto civile*, Vol. IX, numero 263.

ammenochè costui non l'abbia ricevuta in buona fede. Se il creditore l'ha ricevuta in buona fede, può impedire al proprietario di ripeterla nei medesimi casi in cui l'acquirente di una cosa mobile può invocare il benefizio dell'art. 707, ossia la massima che « riguardo ai beni mobili per loro natura ed ai titoli al portatore, il possesso produce a favore dei terzi di buona fede l'effetto stesso del titolo. » Le stesse regole sono applicabili nella ipotesi che una medesima cosa sia data successivamente in pegno a più persone; l'ultima che l'ha ricevuta in buona fede, e la possiede, gode del privilegio inerente al diritto di pegno, anche contro i precedenti creditori pignoratizi. Del resto, il proprietario di una cosa può darla in pegno, tanto in persona, quanto col mezzo di mandatario che sia munito di mandato espresso giusta la regola stabilita dall'art. 1741 (1). Il pegno non può servire per volontà del debitore a garantire allo stesso tempo due diversi creditori, per la impossibilità di consegnare a due diversi creditori la stessa cosa data in pegno. Però il creditore, cui fu consegnata la cosa oggetto del pegno, può consentire che sulla medesima si costituisca un diritto di pegno a favore di altro creditore, dichiarando di ritenerla anche nell'interesse di questo (2).

Quali sono gli effetti della costituzione del pegno per quanto s'attiene allo scopo medesimo del contratto, cioè a dire, alla sicurezza del credito? Quali sono le condizioni di validità del pegno rispetto ai terzi? A queste domande rispondono gli articoli del Codice di cui riferiamo il tenore:

Il pegno conferisce al creditore il diritto di farsi pagare con privilegio sulla cosa pignorata (art. 1879). Questo privilegio non ha luogo se non quando vi è un atto pubblico o una scrittura privata che contenga la dichiarazione della somma dovuta, e della specie e natura delle cose date in pegno, o che abbia annessa una descrizione della loro qualità e misura e del loro peso. Tuttavia la riduzione dell'atto in iscrittura non è richiesta, se non quando si tratta di un oggetto eccedente il valore di cinquecento lire (art. 1880). Il privilegio non ha luogo sopra i crediti, se non quando il

(1) V. Pacifici-Mazzoni, *Istituzioni,* Vol. VI, num. 120; 2.ª ediz.

(2) Corte di appello di Roma; sentenza dei 15 settembre 1892; nella *Temi romana,* anno 1893, pag. 244.

pegno risulta da atto pubblico o da scrittura privata, e ne è fatta notificazione al debitore del credito dato in pegno (art. 1881). In ogni caso il privilegio non sussiste sul pegno se non in quanto lo stesso pegno è stato consegnato, ed è rimasto in potere del creditore o di un terzo eletto dalle parti (art. 1882).

Per quanto si attiene al precetto racchiuso nell'art. 1880, crediamo opportuno di richiamare una decisione della Corte di Genova. Anche per il pegno commerciale è condizione essenziale della valida costituzione di esso l'indicazione della cosa, sufficiente per stabilirne con precisione la identità. A complemento delle disposizioni del Codice di commercio in materia di pegno, si debbono applicare quelle del Codice civile, non essendo ammissibili ed efficaci le consuetudini in tema di privilegio. « Non è esatto che nel pegno commerciale basti solo la prova scritturale e che la cosa sia comunque indicata nella scrittura. Imperocchè la prova scritturale è richiesta appunto per l'esercizio del privilegio, onde i creditori, in danno dei quali si intende di esercitarlo, siano certi della costituzione del pegno, dell'ammontare del credito, per la sicurezza del quale viene costituito, ed anche della identità della cosa data in pegno, nel fine di evitare le frodi colla sostituzione di altre cose che potrebbero essere di maggior valore. Quindi è, che se l'articolo 456 del Codice di commercio, riproducendo in materia commerciale l'articolo 1880 del Codice civile, non lo riproduce in quanto alla dichiarazione della specie e natura od alla descrizione annessa della qualità e misura e del peso delle cose date in pegno, sarà pur sempre necessaria una indicazione bastevole per stabilire l'identità con precisione, e perciò occorrendo, in difetto di altri segni distintivi, anche nel pegno commerciale sarà d'uopo indicare la natura e la qualità della merce che si sottopone a vincolo, perchè sia identificata e siano impedite le frodi a danno dei terzi (1). »

Presso la Commissione Coordinatrice delle disposizioni del Codice civile si agitò una viva discussione intorno alla necessità di un atto pubblico o di una scrittura privata, affinchè il pegno produca privilegio sulla cosa pignorata. Il

(1) Corte di appello di Genova; sentenza dei 12 marzo 1895; nella *Legge*, anno XXXV, Vol. I, pag. 769.

Precerutti osservò, fra l'altro: « Non è egli grave incoerenza permettere che si faccia anche verbalmente la vendita di cose mobili, e voler poi che vi sia un àtto pubblico od una scrittura privata di data certa perchè abbia luogo il privilegio del creditore sulla cosa pignorata? Per qual motivo mai temeremo che si possano ordir frodi a danno dei terzi colla costituzione di un pegno antidatato o simulato, e non temeremo che si frodino con una vendita simulata? » Aggiunse il Chiesi: « In fatto d' immobili tutto dipende dalle forme, ma in fatto di mobili il diritto nasce dal possesso. Ora, siccome il creditore ha il possesso della cosa pignorata, bisogna supporlo nella pienezza del suo diritto, ed è ai terzi, i quali vi abbiano interesse, che deve incombere l'onere di provare esser l'atto seguìto in frode delle loro ragioni. Tutta la questione deriva da ciò appunto, che si è voluto riferire il pegno tra i privilegi, mentre non è un privilegio. Nel pegno la ragion di prelazione non nasce dalla causa del credito, ma dal solo possesso, e si risolve nel diritto di ritenzione per cui il creditore può respingere chicchessia dalla cosa pignorata. » Ed il Niutta: « A chi si concede il più vuolsi anche concedere il meno. Ora non si sa vedere il motivo per cui, mentre in forza della regola che in fatto di mobili il possesso val titolo, si presta fede sulla sua asserzione a chi asseveri che una cosa da lui posseduta è sua, non si presterà poi fede alla dichiarazione del creditore di possedere la cosa a titolo di pegno, solo perchè manchi un atto pubblico od una scrittura privata di data certa. » Ma la Commissione non fece buon viso alle osservazioni dianzi richiamate, e deliberò invece la conservazione del sistema accolto nel Progetto, e sancito nel Codice. Il Cassinis, presidente della Commissione, notava opportunamente: « Deve andarsi assai cauti nel diminuire le garantìe necessarie allo scopo di impedire le frodi che facilmente potrebbero commettersi a danno dei terzi. Non puossi argomentare da che sia valida ed efficace la vendita dei mobili anche pur verbalmente intesa: chi vende la cosa sua non fa nè frode, nè ingiuria ad alcuno: ma chi vanta o simula un privilegio che non ha, sottrae la sostanza del debitore ai diritti dei suoi creditori. Se il possesso di cosa mobile equivale al titolo in faccia dei terzi, non vi equivale nei rapporti di chi ha dato e ricevuto la cosa, se non secondo i patti fra loro seguìti. Per lo che, potendo pur sempre il debitore, in

diritto almeno dirimpetto al suo creditore, stabilire come questi ritenga la cosa non a titolo di proprietà, ma di pegno, non se gli potrebbe accordare in faccia ai terzi un prevalente diritto pel solo fatto della ritenzione, quando è provato che non gli spetta a titolo di proprietà. Del resto, ognun vede che se ragione di sociale necessità consigliò alle moderne legislazioni il principio, che di rimpetto ai terzi il possesso dei mobili equivale al titolo, non si debba questo principio applicare a colui che non lo potrebbe altrimenti invocare, se non abusando colla più riprovevole mala fede della causa del suo possesso (1). »

Arrestandosi sull'art. 1881 del Codice civile, il Supremo Collegio di Torino fermò la massima, che la convenzione con cui taluno, a garantìa di un debito, dà in pegno al creditore un proprio credito ipotecario, con facoltà di far seguire l'annotazione marginale alla relativa iscrizione, riveste il doppio carattere di cessione di credito e di garantìa ipotecaria, e quindi non può essere efficace rispetto ai terzi se non sia notificata al debitore: alla mancanza di tale notificazione non può supplire l'annotazione in margine all'iscrizione ipotecaria. Osservò, fra l'altro, la Corte: « L'annotazione marginale non poteva funzionare come mezzo surrogante ed equivalente della notificazione, e perchè tra le due formalità non corre la stessa ragione di eguaglianza di scopo e di effetto pratico, e perchè la sostituzione recherebbe offesa alla legge che le ha dettate distinte, diverse, tassative. Dopo l'annotazione, l'iscrizione non può più essere cancellata, secondo l'ultimo capoverso dell'art. 1994, senza il consenso del cessionario o creditore pignoratizio, e le intimazioni o notificazioni che occorressero farsi in dipendenza dall'iscrizione saranno fatte al domicilio eletto dallo stesso cessionario o creditore pignoratizio per quanto riguarda l'interesse del medesimo. Ma che vale che rimanga nei registri pubblici l'iscrizione, se, estinta l'ipoteca per estinzione dell'obbligazione, e col paga-

---

(1) Verb. num. 46 della Commissione Coordinatrice. Negli articoli 1880 e 1881 del Codice, quando si parla delle scritture private, non si leggono le parole *di data certa;* di esse fu deliberata la soppressione dalla Commissione Coordinatrice, sul riflesso ch'esse sembravano superflue a fronte della disposizione generale racchiusa nell'articolo 1360 del Progetto (art. 1327 del Codice).

mento resta una larva, una mera apparenza senza sostanza, mentre non esiste più il credito, del quale ha disposto chi poteva disporne, stante il difetto di notificazione, che se non era necessaria per l'essenza della cessione e del pegno, era però indispensabile per la loro intrinseca efficacia giuridica in faccia agli interessati alla loro negazione, e massime rimpetto al debitore per impedire il pagamento (1)? »

Lo stesso Supremo Collegio di Torino decideva, doversi considerare inefficace e improduttivo di effetti giuridici il pegno di un credito, se non è accompagnato dalla consegna del titolo rappresentativo di esso. « L'articolo 1882 indubbiamente si riferisce anco al pegno su credito, del quale il legislatore si è preoccupato nell'articolo precedente. Il pegno convenzionale è un contratto eminentemente reale, che acquista vita giuridica dalla consegna della cosa data in pegno, ed in materia di crediti, dalla consegna del titolo rappresentativo del credito dato in pegno, e senza questa consegna indubbiamente manca al pegno uno dei suoi più vitali elementi (2). »

L'articolo 1882, dianzi riferito, statuisce che il privilegio non sussiste sul pegno se non in quanto lo stesso pegno è stato consegnato, ed è rimasto in potere del creditore o di un terzo eletto dalle parti. Di qui deriva, non esser valido il pegno convenzionale di mobili, ove il debitore abbia continuato a rimanerne nel possesso. Perchè il pegno convenzionale di mobili (osserveremo col Supremo Collegio di Torino) abbia effetto di realità e di privilegio rimpetto ai terzi, è requisito sostanziale che i mobili stessi siano in possesso del creditore, avvegnachè altrimenti la buona fede dei terzi facilmente potrebbe esser tratta in inganno. Tale possesso poi deve risultare da un fatto positivo ed apparente, e circondato di notorietà, sufficiente per avvertire i terzi stessi che l'oggetto pignorato non fa più parte delle attività libere del debitore. Onde segue che può bensì eleggersi un terzo che custodisca pel creditore i mobili; ma allora occorre che lo stesso sia persona estranea al debitore, e che i mobili medesimi

(1) Corte di Cassazione di Torino; sentenza del 1.° aprile 1884; negli *Annali della giurisprudenza italiana*, anno 1884, parte I, pag. 200.

(2) Corte di Cassazione di Torino; sentenza dei 20 luglio 1894; negli *Annali*, anno 1894, parte I, pag. 441.

siano a questo sottratti con fatto aperto e visibile. Non ostano i principî accolti in tema di vendita, perciocchè troppo diversi sono i due contratti, essendo questo un vero contratto consensuale, mentre il pegno è reale. Neppure fa ostacolo quanto il Codice di procedura civile dispone riguardo al pignoramento, mentre in questo ben maggiori garantìe s' incontrano; e l'intervento del pubblico uffiziale e la redazione del verbale rendono evidente l'avvenuto spossessamento (1).

Vogliamo arrestarci brevemente nell'esame del concetto accennato dalla Corte: vogliamo determinare il modo della consegna delle cose che costituiscono il pegno, quando si tratta di mobili per natura. In tema di vendita, parlando il Codice dell'obbligo della *tradizione della cosa,* che incombe al venditore, statuisce nell' art. 1465, che la tradizione dei mobili si compie o colla loro consegna reale, o colla consegna delle chiavi degli edifizi che li contengono, o anche col solo consenso delle parti, se la consegna non può eseguirsi al tempo della vendita, oppure se il compratore li aveva già in suo potere per altro titolo. Richiamato questo articolo del Codice, dobbiamo rispondere alla domanda: la consegna delle cose date in pegno si può effettuare validamente in qualunque dei modi designati dalla legge per la *tradizione della cosa*, in tema di vendita? Noi accettiamo la dottrina insegnata dal Ricci. I diversi modi indicati nell'art. 1465 si riferiscono esclusivamente all' adempimento dell' obbligazione assunta dal venditore rimpetto al compratore, e non ai rapporti fra il compratore ed i terzi. L'articolo 1126 dispone in tal guisa: « Se la cosa che taluno si è obbligato con successive convenzioni di dare o consegnare a due persone, è un mobile per natura o un titolo al portatore, quella fra esse a cui fu dato il possesso sarà preferita all' altra, sebbene il suo titolo fosse posteriore di data, purchè il possesso sia di buona fede. » In rapporto a questo articolo giova osservare, che non tutti i modi coi quali la tradizione può compiersi, a mente dell'art. 1465, sono sufficienti ad attribuire ad uno degli acquirenti la preferenza sull'altro a ragione della fatta consegna; il modo di consegna, il quale produce questo effetto nei rapporti tra più acquirenti, è quello che consiste

(1) Corte di Cassazione di Torino; sentenza dei 20 maggio 1880; nel *Giornale delle leggi*, anno XI, num. 36.

nel trasmettere al compratore il possesso materiale e reale della cosa venduta; e ciò perchè non conviene confondere la tradizione, ch'è mezzo col quale il venditore soddisfa l'obbligazione assunta di consegnare la cosa venduta al compratore, colla tradizione ch'è mezzo per trasmettere il possesso da una in altra persona. Ora, ciò che si è detto della tradizione in quanto si riferisce al possesso della cosa venduta, dato ad uno dei compratori, è perfettamente applicabile in tema di possesso del pegno. È essenziale che la consegna, per l'efficacia del pegno, sia reale ed effettiva, che tolga, cioè, dalle mani del debitore le cose pignorate e le ponga in quelle del creditore o di un terzo incaricato di custodirle. La tradizione, adunque, che si compie col solo consenso rapporto alla vendita, non ha alcun valore rapporto al pegno, ed è insufficiente a dargli vita giuridica (1).

Il pegno può essere dato da un terzo pel debitore (articolo 1883). È questo un mezzo di rendere facili le civili transazioni. È la fiducia dell'amico, che dà la propria cosa mobile a guarentigia delle obbligazioni da altri contratte, allo stesso modo che può dare il suo immobile ad anticresi, può costituirsi mallevadore, può permettere che sopra i suoi beni si stabilisca un'ipoteca.

Il creditore non può disporre del pegno pel non effettuato pagamento: ha però il diritto di far ordinare giudizialmente, che il pegno rimanga presso di lui in pagamento e sino alla concorrenza del debito secondo la stima da farsi per mezzo di periti, oppure che sia venduto all'incanto. È nullo qualunque patto, il quale autorizza il creditore ad appropriarsi il pegno o a disporne senza le formalità sopra stabilite (articolo 1884). Il Codice colpisce di nullità il *patto commissorio,* quel patto con cui il debitore autorizza il creditore ad appropriarsi il pegno o a disporne senza le formalità statuite dalla legge. Questa disposizione del Diritto moderno è calcata sopra una Costituzione dell'imp. Costantino, che riposa sopra i più ineluttabili principî di morale. Il pegno ordinariamente ha un valore molto superiore al danaro che si presta. Sollecitati dal bisogno, i poveri debitori non avrebbero modo di negarsi alla stipulazione del patto commissorio richiesto dagli avidi prestatori. E, venuta l'ora della scadenza, trovandosi

(1) V. Ricci, *Corso teorico pratico di diritto civile,* Vol. IX, num. 274.

spesso nelle medesime necessità, non potendo restituire il danaro ricevuto in prestito, si vedrebbero privati per una piccola somma di un oggetto di gran valore. Ciò sarebbe immorale! La legge, in nome dell'ordine sociale, proclama la nullità di simili patti; e la coscienza pubblica fa eco alla saggia disposizione della legge.

Nel seno della Commissione Coordinatrice delle disposizioni del Codice civile, osservò il Mancini: « Ammesso il principio della libertà dell'interesse, non si può conservare il divieto del patto commissorio. Per qual ragione mai, mentre posso vendere incondizionatamente una mia cosa mobile per quel prezzo che voglio, non mi sarà lecito di venderla sotto la condizione che la vendita non s'intenda avvenuta, tranne se non avrò soddisfatto il mio creditore nel termine convenuto? Ora, non è ad altro che si riduce il patto commissorio. » Aggiunse il Precerutti: « È vana speranza quella di impedire colla disposizione in esame, che chi ha bisogno di danaro sia vittima del capitalista. Vietate il patto commissorio, e il capitalista o pretenderà un interesse più elevato in vista del giudizio che dovrà forse poi sostenere per pagarsi sul pegno, o si farà vendere la cosa offertagli in pegno a quelle condizioni che gli piacerà d'imporre. » In senso opposto, cioè per la conservazione del divieto del patto commissorio in tema di pegno, osservò il Cassinis: « Non si può equiparare la libertà di vendere a qualunque prezzo colla libertà di acconsentire al patto, che autorizzi il creditore ad appropriarsi il pegno. Chi vende, pensa a ciò che fa attualmente, e valuta l'importanza presente dell'atto al quale addiviene. Ma chi dà una cosa in pegno, non pensa alla futura possibilità di perderla, anzi dà il pegno colla fiducia di riavere poi la sua cosa; quindi potrebbe essere più facilmente vittima delle insinuazioni di colui che speculasse sul bisogno di chi ricorre al suo credito. È vero che, per alte considerazioni economiche, essendosi ammessa la libertà dell'interesse, si sarebbe forse coerenti al principio di tale libertà quando si permettesse il patto commissorio; ma come un resto di pudore trattiene sempre più o meno l'usuraio dall'abusare eccessivamente di quella libertà, così il legislatore, quasi facendo ossequio a questo pudore, ben può vietare un'azione che a rigore non sarebbe condannabile civilmente, ma lo sarebbe tuttavia moralmente. » Aggiunse il Bartalini: « Il patto

commissorio ha un vizio intrinseco; lascia, cioè, supporre che da parte del debitore non vi sia piena libertà di consenso. È un partito meno prudente quello di scostarsi da un principio concordemente lodato da tutta la scuola e dalle leggi di tutti i paesi civili (1). » La Commissione, a grande maggioranza, deliberò la conservazione del divieto del patto commissorio; e, con ottimo consiglio, tale divieto fu sancito nella compilazione definitiva del Codice.

Decideva il Supremo Collegio di Torino, che l'autorizzazione data dal debitore al creditore di disporre del pegno non dà vita al patto commissorio vietato dall'articolo 1884 Codice civile, se intervenga dopo la costituzione del pegno ed anzi dopo che il debito era scaduto. Osservò la Corte: « È ovvio che il divieto di qualunque patto che autorizzi il creditore ad appropriarsi il pegno e a disporne senza le formalità stabilite nella prima parte dell'articolo 1884 Codice civile, ha sempre, e fino dall'antica legge a cui quel divieto risale, avuto lo scopo di difendere il debitore dall'asperità delle condizioni che possono dall'avidità altrui essere apposte alla concessione del credito; ma la ragione e l'efficacia del divieto stesso non possono estendersi a quelle convenzioni che dopo la scadenza del debito vengano dalle parti liberamente consentite, allo scopo di regolare fra loro, a seconda del rispettivo interesse, i rapporti derivanti dal credito e dal debito, ai riguardi del quale il pegno era stato costituito. Con esse infatti non trattasi di porre in essere un contratto di pegno, in cui la legge vieta come lesivo il patto commissorio, ma trattasi invece di un nuovo contratto, che non può aver vita senza il libero consenso del debitore; di un contratto, cioè, rispetto al quale la legge non volle certamente, nè può aver voluto limitare al debitore la facoltà di disporre della sua proprietà, oltre quanto ciò imponga il rispetto dei diritti sopra di essa al creditore col contratto di pegno concessi, ed è perciò chiaro che quando alla scadenza del termine stabilito per l'adempimento dell'obbligazione a cui il pegno si riferisce, le parti possono di comune consenso accordarsi circa il modo di erogare a tale effetto la cosa data in pegno o il suo prezzo, il ricorso all'autorità giudiziaria, di cui nella prima parte dell'articolo 1884 Codice civile, di-

(1) Verb. num. 46 della Commissione Coordinatrice.

viene affatto superfluo (1). » Dopo di aver richiamata la sentenza del Supremo Collegio di Torino, dobbiamo soggiungere che, fra gl'interpreti del Diritto romano, fu grave controversia, se il patto commissorio in tema di pegno *ex intervallo factum valeat*. Il Perezio lo ritenne inefficace: « Ego existimo idem pactum ex intervallo factum aeque reprobari, ac factum initio contractus, cum utroque modo factum praedicta iniquitate laboret; praesertim cum debitor ex intervallo plerumque non minus metuat creditorem, quam ab initio contractus. Etenim ut initio contractus debitor pecuniae indigens quasvis conditiones facile admittit, idem faciet ex intervallo, ne forte ad praetorem eatur, bona publice distrahantur, et dure cum eo agatur (2). » Questo ragionamento ha forse perduta la sua efficacia sotto l'impero del Diritto moderno?

Il creditore è risponsabile, secondo le regole stabilite nel titolo delle obbligazioni e dei contratti in genere, della perdita o del deterioramento del pegno avvenuto per sua negligenza (art. 1885). Cioè a dire, il creditore, nel custodire il pegno, deve adoperare la diligenza *in abstracto*, la diligenza di un buon padre di famiglia.

Il debitore deve dal canto suo rimborsare il creditore delle spese occorse per la conservazione del pegno (art. 1885). E, per argomento desunto dall'art. 1862, il creditore potrebbe rivolgersi al debitore per ottenere il risarcimento delle perdite di cui il pegno può essergli stato occasione (3).

Se è dato in pegno un credito il quale produce interessi, il creditore deve imputare tali interessi a quelli che possono essergli dovuti. Se il debito per la cui sicurezza si è dato in pegno un credito non produce per sè stesso interessi, l'imputazione si fa al capitale del debito (art. 1886). Ciò deriva dal principio, che il pegno non conferisce al creditore nessun diritto di uso o di godimento sull'oggetto dato in pegno. Se quindi il creditore ne ha tratto qualche emolumento, ne deve render conto al debitore.

---

(1) Corte di Cassazione di Torino; sentenza dei 10 marzo 1887; nella *Giurisprudenza* di Torino, anno 1887, pag. 204.

(2) V. Perezio, *Praelectiones in Codicem*, Lib. VIII, tit. XXXV, num. 8; Amst. 1761.

(3) V. Zachariae, *Cours de droit civil*, Vol. II, § 434.

Se il creditore abusa del pegno, il debitore può domandare che il medesimo sia posto sotto sequestro (art. 1887). Il Codice Napoleone (art. 2082) faculta il debitore a domandare la restituzione del pegno quando *le détenteur n'en abuse*. Il Codice italiano, pur riconoscendo il diritto del debitore alla sicurezza del pegno contro gli abusi del creditore, ha creduto provvedimento eccessivo quello del Codice francese; ed ha stimato, con miglior consiglio, adottare un temperamento che nel medesimo tempo garantisce i diritti del debitore e del creditore.

Statuisce il Codice, nella prima parte dell'art. 1888 : « Il debitore non può pretendere la restituzione del pegno, se non dopo di avere interamente pagato il capitale, gli interessi e le spese del debito, per la sicurezza del quale è stato dato il pegno. » Come insegna in proposito il Voet, il creditore ha diritto di negarsi alla restituzione del pegno, « si pro parte tantum debitum solutum sit, licet debitum personale inter plures debitoris vel creditoris heredes ipso jure divisum fuisset, et unus eorum suam solvisset aut accepisset debiti partem (1). » Perchè si possa domandare la restituzione del pegno, non basta che sia estinta l'obbligazione principale; come è dichiarato espressamente dal Codice, è necessario che siano estinti parimente gli accessorî dell' obbligazione principale, gli interessi e le spese del debito; imperciocchè il pegno si presume dato tanto per l' obbligazione principale che per le obbligazioni accessorie. Soggiunge il capoverso dell'art. 1888 : « Se il medesimo debitore avesse contratto un altro debito collo stesso creditore posteriormente alla tradizione del pegno, e tale debito fosse divenuto esigibile innanzi che si facesse luogo al pagamento del primo debito, il creditore non può essere costretto a rilasciare il pegno prima che venga interamente soddisfatto per ambidue i crediti, ancorchè non siasi stipulato di vincolare il pegno al pagamento del secondo debito. » Non torna difficile dar ragione di questa disposizione. Il creditore, avendo ricevuto un pegno pel primo debito, non ne ha richiesto un altro pel secondo, imperciocchè, nella ipotesi che prevede il Codice, questo creditore si presume che ha dovuto contare sul medesimo pegno per assicurazione e del

(1) V. Voet, *Comm. ad Pandectas*, Lib. XIII, tit. VII, num. 6; Hagae-Comitum, 1731.

primo e del secondo debito. Ben è vero che, per regola generale, il debitore può domandare la restituzione del pegno poi che è stato interamente soddisfatto il debito per sicurezza del quale è stato dato. « Non movet quod pignus liberetur solutione ejus pecuniae pro qua obligatum est (1). » Nella ipotesi raffigurata dal Codice, si presume che tacitamente la guarentigia del pegno siasi estesa ad un secondo debito. « Quae causa est, diremo col Molineo, quod debitor utramque pecuniam solvere teneatur, antequam suum pignus recuperet, et quousque utramque solverit debitor, jure retentionis pignus possidere poterit creditor, et debitor actione pignoratitia repelli (2). » Il principio fermato nel capoverso dell'articolo 1888 si applica sol quando concorrano tutte le circostanze di fatto ivi mentovate; mancando una di queste circostanze, cessa l'impero del principio, imperciocchè non v'ha più ragione di presumere che il pegno sia stato obbligato tacitamente al secondo debito. Ad esempio: troviamo due debiti, ma al tempo del loro nascimento non troviamo una particolare garantìa che l'uno o l'altro assicuri; in sèguito, il creditore ha chiesto ed ottenuto un pegno per sicurezza del primo debito; in tal caso è evidente che il pegno non risponde del secondo debito, e il debitore può domandarne la restituzione poi che ha soddisfatto integralmente il primo debito. E dovrebbe decidersi allo stesso modo, se il secondo debito, quantunque nato dopo che il primo è stato garantito da un pegno, non fosse esigibile che dopo il pagamento del primo (3). Del resto, come egregiamente osservano l'Aubry ed il Rau, il diritto di ritenzione, del quale è parola nel capoverso dell'articolo 1888 del nostro Codice, corrispondente al capoverso dell'art. 2082 del Codice francese, non esiste che rispetto al debitore: il creditore non potrebbe prevalersene rispetto agli altri creditori. *Jus retentionis non a possessione pendet, et revera nihil aliud est quam exceptio doli quaedam*: eccezione che può essere opposta al solo debitore.

---

(1) V. Perezio, *In Codicem*, Lib. VIII, tit. XXVII, num. 2; Amst. 1761.

(2) V. Molineo, *Ad Consuetudines Parisienses*, tit. I, § I, glossa 9, num. 35; Parisiis, 1681.

(3) V. Mourlon, *Répétitions écrites*, sull'art. 2082 del Codice francese.

Tale dottrina fu accolta in un pronunziato del Supremo Collegio di Firenze. Contro i terzi, osservò la Corte, non può farsi valere il gius di ritenzione per crediti posteriori e diversi da quello per cui lo stesso fu costituito. L'art. 1888 non estende già il pegno ai crediti posteriori, ma dà al creditore soltanto il diritto di non rilasciare il pegno prima di venire interamente soddisfatto di tutti i suoi crediti; esso costituisce quindi un semplice gius di ritenzione, che, lungi dall'essere un privilegio rimpetto ai terzi, è una difesa contro il debitore, che pagato un solo debito pretenda la restituzione del pegno. Al terzo quindi cui competa la rivendicazione del pegno stesso non può il creditore pignoratizio opporsi, neppure all'appoggio dell'articolo 707 del Codice civile; mentre il possesso ch'egli ha del pegno non essendo a titolo di proprietà (L. 13 D. *de usurp. et usucap.*; L. 15, § 2, D. *qui satisd. cog.*; L. 36, D. *de adq. poss.*), non può dirsi di buona fede (1).

Gli interpreti del Diritto romano lucidamente dimostrarono il principio della indivisibilità del pegno: *individua pignoris causa est,* dice Giovanni Voet. Questo principio è consacrato nell'art. 1889 del Codice, dove sono indicati eziandio gli effetti di tale indivisibilità, non ostante la divisibilità di ciò che è dovuto tra gli eredi del debitore, o fra quelli del creditore. L'erede del debitore che ha pagato la sua parte del debito, non può domandare la restituzione della sua parte del pegno sino a che non sia interamente soddisfatto il debito. Vicendevolmente, l'erede del creditore che ha esatto la sua parte del credito, non può restituire il pegno in pregiudizio de'suoi coeredi non ancora soddisfatti.

Le precedenti disposizioni non derogano alle leggi ed ai regolamenti particolari concernenti le materie commerciali e gli istituti autorizzati a far prestiti sopra pegni (art. 1890).

Gli *istituti autorizzati a far prestiti sopra pegni,* di cui è parola nell' articolo 1890 del Codice, sono specialmente i cosidetti *Monti di Pietà.* Il Boccardo definisce in tal guisa il *Monte di Pietà:* « Stabilimento pubblico di credito, avente per iscopo di fare, specialmente alle classi indigenti, prestiti contro pegno di oggetti mobili, con o senza interessi, a se-

(1) Corte di Cassazione di Firenze; sentenza dei 31 marzo 1882; nel *Giornale delle leggi,* anno XIII, num. 31.

conda dei peculiari statuti e privilegi (1). » Nelle età passate questi *Monti* furono istituiti nella maggior parte delle città italiane. A Napoli il *Monte* o *Banco della Pietà* fu istituito al tramonto del secolo XVI, dopo che Carlo V « ordinò la espulsione degli Ebrei dalla Città e Regno. Essi facevano scandalosissimi contratti usurarî, e davan danaro sui pegni con eccessivi interessi. La povera gente, che aveva roba presso di questi Ebrei, non avendo danaro pronto a dispegnarla era in una estrema desolazione (2). » Il Monte di Pietà fu destinato a provvedere alle estreme necessità della *povera gente.* Come fu scolpito sulla porta esterna del Monte: *Gratuitae pietatis Aerarium, In asylum egestatis.* È questa in brevi parole la storia del Monte di Pietà di Napoli, poco dissimile da quella dei Monti altrove istituiti. Ma, dopo di aver narrata questa storia, giova richiamare l'osservazione che fa il Baudry-Lacantinerie sull'articolo 2084 del Codice francese, dove pure si accenna *aux maisons de prêt sur gage autorisées.* « Il Codice vuol parlare dei *Monti di Pietà.* Essi sono stabilimenti di prestiti *soi-disant gratuits,* destinati nel pensiero dei loro fondatori *a rimediare ai mali infiniti dell'usura,* e che in definitiva fanno pagare ai debitori, sotto diverse forme, un interesse superiore alla misura legale (3). » Ciò non ostante, conservano la denominazione di istituti di beneficenza!

Gli istituti autorizzati a far prestiti sopra pegni hanno regolamenti speciali, debitamente approvati, i quali si debbono applicare in preferenza del Codice. È questo il concetto che risulta chiarissimo dal testo dell'articolo 1890. Ma poichè questi regolamenti costituiscono una derogazione alle norme del diritto comune, alle disposizioni nei medesimi racchiuse non può darsi una interpretazione estensiva. Nel dubbio hanno impero i principî del gius comune. Questa dottrina, che peraltro è conseguenza dei dettami fondamentali e generali del diritto, fu affermata solennemente dal Supremo Collegio di

---

(1) V. Boccardo, *Dizionario della economia politica e del commercio,* Vol. III, verb. *Monte di Pietà;* Torino, 1859.

(2) V. Sigismondo, *Descrizione della città di Napoli e suoi borghi,* Vol. II, pag. 86; Napoli, 1788.

(3) V. Baudry-Lacantinerie, *Précis de droit civil,* Vol. III, num. 1038; Paris, 1892.

Torino. Decise la Corte, che la facoltà concessa agli istituti di credito, che fanno anticipazioni sopra deposito, di vendere gli oggetti depositati, in caso di non pagamento, per mezzo di pubblici mediatori, senza formalità giudiziarie e senza costituzione in mora, non è estensibile alle operazioni di sconto, nel caso in cui fosse aggiunto un pegno accidentale per garantire il conseguimento del credito. « Nel semplice prestito sopra pegno, od in altri termini nella anticipazione sopra deposito, il pegno, consistente nel deposito di oggetti, valori o merci a garanzia della somma somministrata, appartiene alla *essenza* di tale operazione, essendo condizione o piuttosto *elemento sostanziale* della medesima; e siccome gli istituti autorizzati a fare simili operazioni non possono conservarsi e continuare nelle loro funzioni senza avere un mezzo pronto, reale e non soggetto ad opposizioni, nè ad indugi, di reincassare alla scadenza i fondi che somministrano, rendevasi necessario di derogare in rapporto alle anticipazioni sopra deposito al diritto generale, col permettere all' istituto di vendere, senza contraddittorio e senza formalità giudiziali, gli oggetti depositati, in caso di non effettuato rimborso alle scadenze stabilite delle somministrate somme; ma questa necessità non si verifica nelle operazioni di sconto, per cui il Banco riceve ed acquista effetti di commercio rivestiti di più firme e come tali riscontabili, i quali, comunque creati e rilasciati dal presentatore, gli porgono il mezzo di far rientrare nella sua cassa anche prima della scadenza le somme sborsate, per lo sconto dei medesimi (1). » E la Corte di Casale, in sede di rinvio, prestava ossequio alla stessa dottrina. « Non è bisogno fermarsi a dimostrare che l' operazione di sconto non può pareggiarsi a quella di anticipazione su deposito, senza confondere due operazioni che, avuto riguardo alle loro rispettive conseguenze giuridiche, voglionsi ritenere spiccatamente distinte e separate; avvegnachè è elementare che un effetto scontabile costituisce un valore, una merce destinata a dar moto e vita al commercio mediante una pronta trasmissione, operata con semplice girata, dall'una all'altra persona, da un mercato all'altro; una anticipazione su deposito invece circoscrive la sua azione, come quella di qualunque contratto

(1) Corte di Cassazione di Torino; sentenza dei 3 febbraio 1875; nella *Giurisprudenza italiana*, anno 1875, parte I, pag. 178.

civile, fra le sole persone che figurano nella polizza da cui è affermata; e questa azione ristretta non può estendersi ad altre persone se non con un atto di cessione, pel quale vogliono essere osservate le molteplici formalità dalla legge prescritte (1). »

165. Dell'anticresi.

BIBLIOGRAFIA. — 1.° Lauterbach, *Dissertatio de jure antichreseos* (Tubing. 1654); — 2.° Werneri, *Dissertatio de antichresi* (Helmst. 1664); — 3.° Coccefi, *De antichresi* (Heidelb. 1678); — 4.° Hunold, *De pacto pignoris antichretico* (Erf. 1721); — 5.° Leyser, *De pignore antichretico* (Jenae, 1770); — 6.° Hanker, *De vera indole et natura antichreseos* (Giessae, 1783); — 7.° Wichelhausen, *Analecta quaedam ex antichresi collecta* (Goett. 1792); — 8.° Rinaldi, *Saggio sul diritto di anticresi* (nell'*Archivio giuridico,* Vol. XXI, anno 1878); — 9.° Mirabelli, *Dell'anticresi* (nella Raccolta *Del diritto dei terzi secondo il Codice civile italiano,* Vol. I, Torino 1889).

L'anticresi è un contratto, mediante il quale il creditore acquista il diritto di fare suoi i frutti dell'immobile del suo debitore, coll'obbligo di imputarli annualmente a sconto degli interessi, se gli sono dovuti, e quindi del capitale del suo credito (art. 1891). Questa definizione risponde sostanzialmente a quella che ce ne dànno gl'interpreti del Diritto romano (2). Nell'antico Diritto napoletano l'anticresi chiamavasi contratto di *godi e godo.* Questa denominazione deve giudicarsi esattissima, avuto riguardo alla etimologia della voce *anticresi,* da αντι *(contra)* e χρησις *(usus),* vale a dire *godimento vicendevole;* il creditore riceve il godimento di un immobile come corrispettivo del godimento del capitale del credito cui ha diritto il debitore.

(1) Corte di appello di Casale; sentenza dei 9 settembre 1875; nella *Giurisprudenza italiana,* anno 1876, parte II, pag. 141.

(2) « Antichresios pactum dicendum foret *reciproci usus*, et est pactum, quo convenit, ut creditor re pignorata loco usurarum fruatur. » Ubero, *Ad Pandectas,* Lib. XX, tit. I, num. 14; Lipsiae, 1725. « *Antichresis* est species pignoris ita dati, ut donec pecunia solvatur, pignore creditor utatur fruatur in vicem usurarum. » Cuiacio, *Observationum,* Lib. III, Cap. XXXIV; Neapoli, 1758.

È degna di nota una grave differenza tra il Diritto romano e il moderno. Per Diritto romano, quando i frutti della cosa data in anticresi superavano gl'interessi dovuti dal debitore, questi non poteva imputare il sopravvanzo a sconto del capitale. Una regola diversa, e più giusta, segue il nostro Codice, come si rileva apertamente dalla definizione che dell'anticresi ci porge l' art. 1891. Questa regola è peraltro della *natura*, non già della *essenza* dell' anticresi; come è detto nell'art. 1895, i contraenti possono stipulare che i frutti si compenseranno cogli interessi in tutto od in parte.

Quando si è pattuito, in tema di anticresi, che i frutti si debbono compensare con gli interessi, *senza indicare la misura di questi,* il patto deve forse ritenersi inefficace, avuto riguardo all'articolo 1831 del Codice, che impone l'atto scritto, quando l'interesse convenzionale eccede la misura legale; *altrimenti*, ivi è soggiunto, *non è dovuto alcun interesse?* A conforto della tesi che il patto è inefficace si è detto che, nell'ordinamento del Codice, l'unico freno dell'usura è la pubblicità della confessione di essa. Se fosse valido il patto, quell' unico freno della pubblicità verrebbe meno. Quindi è che, nell'ipotesi dianzi raffigurata, i frutti dell'immobile dato in anticresi debbono imputarsi sul capitale. Ma a noi sembra doversi preferire l'opposta sentenza, sostenuta dal Mirabelli. Nel caso che superiormente si è preveduto, può dirsi che, avuto riguardo alla intenzione delle parti, la misura degli interessi sia la stessa di quella dei frutti, quando la compensazione è completa. Ben è vero che la ragione dei frutti è aleatoria; ma, pur tenuto conto dell' alea, se ne può determinare la misura, come nelle locazioni, ed in ciò vi è sufficiente pubblicità.

Il Codice dichiara che l' anticresi è un contratto, mediante il quale il creditore acquista il diritto di fare suoi i frutti dell' *immobile del suo debitore.* Evidentemente l' anticresi si può costituire anche dal semplice usufruttuario dell'immobile. E, quando si avvera questo caso, estinto l' usufrutto, deve cessare parimente l' anticresi. Il proprietario, al quale *ususfructus regreditur,* è rimasto straniero al rapporto d'obbligazione che si è stretto tra l'usufruttuario ed il creditore anticretico; a suo riguardo deve trovare applicazione l'articolo 1897, che di qui a poco esamineremo: l' anticresi non produce effetto che nei rapporti tra debitore e creditore

e i loro eredi. Nel campo della dottrina è stata sollevata la quistione, se, nella ipotesi dianzi figurata, dell'anticresi concessa dall'usufruttuario, debba trovare applicazione la disposizione racchiusa nell'articolo 493: le locazioni fatte dall'usufruttuario per un tempo eccedente i cinque anni non sono durevoli nel caso di cessazione dell'usufrutto, se non per il quinquennio che si trova in corso al tempo in cui cessa l'usufrutto, computando il primo quinquennio dal giorno in cui ebbe principio la locazione, e gli altri successivi dal giorno della scadenza del precedente quinquennio. Indubbiamente questa disposizione non può essere applicata in tema di anticresi. La condizione del proprietario, trattandosi di anticresi concessa dall'usufruttuario, è ben diversa dalla condizione del proprietario, trattandosi di locazione che l'usufruttuario ha consentita. In questo secondo caso, il proprietario, costretto a rispettare la locazione pel tempo prefinito dalla legge, n'è compensato col fitto che il conduttore gli deve pagare; all'opposto, nel primo caso il proprietario, se fosse tenuto a rispettare l'anticresi, nessun vantaggio avrebbe come corrispettivo del godimento del creditore anticretico, imperciocchè i frutti dell'immobile si dovrebbero imputare a sconto di interessi non dovuti da lui, dovuti invece dall'usufruttuario il cui diritto sull'immobile è cessato. E poi (vogliamo giovarci dell'opportuna osservazione del Ricci), supponendo pure che le ragioni di analogia sussistessero, queste non autorizzano mai ad estendere la disposizione eccezionale ad un caso diverso da quello contemplato dal legislatore; e disposizione eccezionale è quella contenuta nell'articolo 493, siccome contraria al principio: *resoluto jure dantis*, *resolvitur et jus accipientis* (1).

Il creditore, se non fu convenuto diversamente, è tenuto a pagare i tributi ed i pesi annui dell'immobile che tiene in anticresi. Deve pure, sotto pena dei danni, provvedere alla manutenzione ed alle riparazioni necessarie dell'immobile. Tutte le spese relative a tali oggetti saranno prelevate dai frutti (art. 1892). Quando si è convenuto che i frutti si compenseranno in tutto cogli interessi, il creditore non può re-

(1) V. Ricci, *Corso teorico pratico di diritto civile*, Vol. IX, numero 307.

clamare contro il debitore se non le spese che un usufruttuario potrebbe ripetere contro il nudo proprietario (1).

Il debitore non può rientrare nel godimento dell'immobile che ha dato in anticresi, prima che abbia soddisfatto interamente il debito. Ma il creditore che vuole liberarsi dagli obblighi superiormente accennati (pagamento dei tributi e pesi annui, spese per la manutenzione e le riparazioni necessarie dell'immobile) può sempre costringere il debitore a riprendere il godimento dell'immobile, purchè non abbia rinunziato a questo diritto (art. 1893). Quando si fa ricorso alle fonti non si trova nessun testo dove sia enunciato il principio sancito nell'articolo 1893 del nostro Codice, corrispondente all' articolo 2087 del Codice francese; accenniamo al principio, in virtù del quale il creditore, per regola generale, può costringere il debitore a riprendere il godimento dell'immobile. Il giureconsulto romano, prevedendo il caso dell'anticresi, dice che il creditore « eousque retinet possessionem pignoris loco, donec illi pecunia solvatur, quum in usuras fructus percipiat, aut locando, aut ipse percipiendo habitandoque. » (Marciano, L. 11, § 1, D. *de pignoribus*). L'ordinamento del Diritto moderno si giustifica con questa considerazione. L'anticresi costituisce una guarentigia concessa al creditore pel pagamento di ciò che alui è dovuto; ora, quando non vi sia patto in contrario, non si comprenderebbe il disconoscimento nella persona del creditore del diritto di rinunziare a tale guarentigia. Adunque, come dispone il Codice, il creditore può obbligare il debitore a riprendere il godimento dell' immobile. Ma a tal riguardo vuolsi avvertire che, se il creditore fa ricorso a questa facoltà che gli concede la legge, può sì costringere il debitore a riprendersi il godimento dell' immobile, ma non può domandare il soddisfacimento del debito, quando il debito non ancora è scaduto. In altre parole l' esercizio della facoltà concessa dalla legge al creditore non importa la risoluzione del contratto. A questo proposito il Mirabelli ricorda una sentenza della Corte di Cassazione di Napoli, dei 26 agosto 1817, pronunziata sulle uniformi Conclusioni dell'avvocato generale Parrilli. Il Parrilli, tra l'altro, avea fatto osservare: « Se l'anticresi non è che un contratto, in virtù del quale il creditore

(1) V. Zachariae, *Cours de droit civil*, Vol. II, § 439.

non acquista altro che la facoltà di raccogliere i frutti dell'immobile con l'obbligo d'imputarli annualmente a sconto degli interessi, se gli sono dovuti, e quindi del capitale del suo credito, è chiaro che debba esservi un contratto principale, che fissa l'avere del creditore, ed al quale si aggiunge il patto dell'anticresi. Il contratto principale determina la causa del dovere, la somma dovuta ed il tempo definito od illimitato della restituzione; il patto accessorio dell'anticresi non riguarda che il favore del creditore. Premessa questa spiegazione, è indubitato, che il creditore, il quale voglia liberarsi dalla noia di pagare le contribuzioni ed i pesi dell'immobile, che tiene in anticresi, come altresì allontanare da sè la cura di provvedere alla manutenzione ed alle riparazioni utili e necessarie dell'immobile, possa rinunziando al suo favore costringere il debitore a riprendersi il godimento del suo immobile. Ma da ciò non segue, che il contratto principale rimanga risoluto se la scadenza non sia venuta, o se è illimitato il tempo della restituzione. Mostruosa cosa sarebbe che uno dei contraenti potesse contro voglia dell'altro rovesciare il contratto in ciò che determina i vicendevoli diritti e doveri. » Il Supremo Collegio, come dianzi abbiamo avvertito, prestò ossequio a questa dottrina irrepugnabile.

Il creditore non diventa proprietario dell'immobile per la sola mancanza del pagamento nel termine convenuto: qualunque patto in contrario è nullo. In mancanza di pagamento può domandare coi mezzi legali la spropriazione del suo debitore (art. 1894). La legge avea proibito il *patto commissorio* nel pegno; a maggior ragione dovea proibirlo nell'anticresi. Ma, come osserva lo Zachariae, non si oppone alla legge, che il debitore venda l'immobile al suo creditore, sia prima, sia dopo la scadenza del debito (1).

(1) È valido il contratto di anticresi stipulato per tutta la vita del creditore? Deve rispondersi affermativamente; imperciocchè, non essendone per legge limitata la durata, non può dal magistrato restringersene il decorso; e sebbene i frutti con esso possano essere stipulati in misura eccedente la legale, non può però dirsi colpito dall'articolo 1832 Codice civile; mentre solo può dirsi che, in mancanza di patto contrario, può verificarsene la risoluzione; pel principio che, ove non risulti dell'opposta intenzione delle parti, il termine si ritiene sempre stipulato in favore del debitore; il quale quindi può sempre, quando

Le disposizioni degli art. 1883, 1888 e 1889 sono applicabili all'anticresi ugualmente che al pegno (articolo 1896). Cioè a dire: 1.° L'immobile anticretico può essere dato da un terzo pel debitore; 2.° Nel caso in cui il medesimo debitore avesse contratto un altro debito collo stesso creditore posteriormente alla consegna dell'immobile, e tale debito fosse divenuto esigibile innanzi che si facesse luogo al pagamento del primo debito, il creditore non può essere costretto ad abbandonare il godimento dell'immobile prima che venga interamente soddisfatto per ambidue i crediti, ancorchè non siasi stipulato di vincolare l' immobile al pagamento del secondo debito; 3.° L'anticresi è indivisibile, non ostante la divisibilità di ciò che è dovuto tra gli eredi del debitore o fra quelli del creditore.

L'anticresi non produce effetto che nei rapporti tra debitore e creditore e i loro eredi (art. 1897). L' articolo riferito delinea nettamente la vera natura dell'anticresi; essa non fa acquistare nessun diritto reale sull' immobile al creditore anticretico. Gli altri creditori possono liberamente far valere le loro ragioni sul detto immobile. Ove la legge avesse estesi gli effetti dell'anticresi oltre la cerchia del debitore e creditore e dei loro eredi, tutte le guarentige del sistema ipotecario sarebbero venute meno.

Spieghiamo con un esempio il sistema accolto dal Codice. Il debitore, dopo che ha dato in anticresi il suo fondo, consente sul medesimo un'ipoteca. Or, come decise il Supremo Collegio di Napoli, ove il diritto d'anticresi si trovi in contrasto con una ipoteca consentita posteriormente sul fondo, deve darsi la preferenza all'ipoteca. L' anticresi, disse la Corte, è diritto meramente personale, e non pregiudica le ragioni dei terzi. Un contrario sistema distruggerebbe il regime ipotecario, facendo sussistere diritti reali senza le forme prescritte dalla legge per la loro costituzione e conservazione (1).

Il Luzzati, pur riconoscendo che, giusta la teoria accolta

lo voglia, soddisfacendo il debito, rientrare nel godimento dell' immobile. (Corte di Cassazione di Napoli; sentenza dei 6 agosto 1881; nel *Giornale delle leggi*, anno XII, num. 47).

(1) Corte di Cassazione di Napoli; sentenza dei 19 agosto 1879; nel *Giornale delle leggi*, anno XI, num. 2.

dal nostro Codice, l'anticresi non costituisce che un diritto personale, non dubita di sostener la dottrina, che il creditore anticretico non possa essere costretto dal compratore a rilasciare il godimento dell'immobile, se non sia soddisfatto del suo credito. Egli così ragiona: « Nell'ipotesi di un contratto d'anticresi e dell'alienazione del fondo anticretico, noi ci troviamo di fronte a due *fatti liberi* del debitore. Nello esame delle cause dei due fatti, dobbiamo pronunziarci in favore del primo, che è preceduto dalla necessità morale e giuridica di pagare un debito. E quindi, allorquando la costituzione d'anticresi non sia diretta a consumare un'ingiustizia (e la legge evita questo pericolo non riconoscendo nel creditore anticresista alcun diritto a prelazione), la legge giuridica deve seguire il dettame della legge naturale, nello stabilire che un cangiamento di volontà del debitore non annulli, con un precedente impegno, una garanzia, per così dire, di fatto, volontariamente concessa ad un creditore. » Il Luzzati invoca la disposizione racchiusa nell'articolo 1893; che, cioè, il debitore non può rientrare nel godimento dell'immobile che ha dato in anticresi, prima che abbia soddisfatto interamente il debito. Tale disposizione rimarrebbe senza effetto, si può dire, quando il debitore vendesse l'immobile, se l'anticresi non dovesse aver efficacia contro il compratore (1).

Il Mirabelli, in una monografia sul valore dell'anticresi rispetto ai terzi, ha dimostrato luminosamente non potersi accettare la dottrina dianzi esposta. « La differenza tra dritto personale e dritto reale è appunto questa, che l'uno obbliga la persona nè esce fuori di essa, l'altro essendo inerente alla cosa la segue presso chiunque ne diventi il possessore. Se il creditore anticretico ha il dritto di conservare il godimento dell'immobile rispetto al debitore che glie l'ha concesso, non può far valere questo suo dritto rispetto al compratore il quale non sia venuto con lui in alcuna relazione contrattuale. Il compratore dal dì dello acquisto fa suoi i frutti, la proprietà dei quali, come accessorii e parti dell'immobile, unitamente al prezzo vien trasferita ad esso compratore. Venendo in collisione il dritto del compratore con quello dell' anticresista, la preferenza non può essere risoluta che secondo il principio della realità o personalità del dritto. Il dritto di ritenzione,

(1) V. Luzzati, *Della trascrizione*, num. 237; Torino, 1874.

stabilito a favore dell'anticresista dall'articolo 1893, è nel rispetto del solo debitore. In fatti questo articolo è scritto così: *il debitore non può rientrare nel godimento dell'immobile* ecc.; il che posto in relazione col seguente articolo 1897, significa che *il debitore ed i suoi eredi* non possono rientrare nel godimento dell'immobile. Questo divieto, ristretto al solo debitore ed ai suoi eredi, non può estendersi agli aventi causa da esso. » E, dopo altre considerazioni di pari gagliardia, il Mirabelli conchiude: « La legge morale che impone di adempiere scrupolosamente gli obblighi contratti è anche legge giuridica, ed essa obbliga sì il contraente e sì i suoi eredi. Ma tutta la teorica della trasmissione dei dritti reali e dei dritti personali dovrebb'essere rifatta se si volesse seguire la legge morale nel modo come la intende il Luzzati (1). »

Come decideva il Supremo Collegio di Napoli, il creditore anticretico non ha diritto di opporsi al pignoramento dei frutti pendenti del fondo soggetto ad anticresi, che sia eseguito da un creditore qualunque dello stesso debitore (2). E il Supremo Collegio di Palermo, informandosi allo stesso concetto, decideva che la trascrizione del precetto immobiliare fa cessare gli effetti dell'anticresi, quantunque trascritta, costituita sugli immobili subastati. « I diritti e le ragioni che i terzi possono vantare sugli immobili dati in anticresi, non possono in nessuna guisa essere pregiudicati da esso contratto, per limitarsi i suoi effetti ai soli rapporti dei contraenti e loro eredi, riducendosi l'anticresi ad un modo di pagamento, pel quale il creditore vien messo al posto del debitore in quanto alla percezione dei frutti naturali o civili degli immobili dati in anticresi in estinzione degli interessi e del capitale dovuti (3). »

Determinato il concetto fondamentale, che dall'anticresi non promana che un semplice diritto personale, si deve pur riconoscere che l'anticresi ha dei punti di rassomiglianza col pegno, coll'usufrutto, coll'ipoteca. Ma questi punti di rassomiglianza sono di importanza secondaria; le differenze tra

(1) V. Mirabelli, *Dell'anticresi*, num. 33; Torino, 1889.

(2) Corte di Cassazione di Napoli; sentenza dei 16 gennaio 1894; nella *Legge*, anno XXXIV, Vol. II, pag. 9.

(3) Corte di Cassazione di Palermo; sentenza dei 29 dicembre 1894; nella *Legge*, anno XXXV, Vol. I, pag. 334.

l' anticresi e ciascuno dei diritti enunciati precedentemente son tali, che riesce impossibile qualunque confusione al riguardo.

A) *Differenze tra l'anticresi e il pegno.*—Sono tre: 1.° Il pegno, perchè produca il suo effetto, deve risultare, per regola generale, da atto pubblico o da scrittura privata, colle indicazioni prescritte dalla legge (art. 1880). All'opposto, l'anticresi è un contratto che si può fare anche verbalmente. 2.° Il creditore pignoratizio ha un privilegio sulla cosa che è data in pegno (art. 1958, num. 6.°). Nessuna preferenza è concessa al creditore anticretico. 3.° Il creditore pignoratizio (a meno che non siasi dato in pegno un credito che produce interessi) non ha nessun diritto di godimento sull'oggetto pignorato (art. 1886). Il creditore anticretico ha diritto di far suoi i frutti dell'immobile dato in anticresi (art. 1891).

B) *Differenze tra l'anticresi e l'usufrutto.* — Sono quattro: 1.° L'usufrutto è stabilito dalla legge o dalla volontà dell'uomo (art. 478). L'anticresi non può derivare che dal contratto. 2.° L'usufruttuario è tenuto a dar cauzione (art. 497). Il creditore anticretico è esente da questa obbligazione. 3.° L'usufrutto è capace d'ipoteca quando ha per oggetto beni immobili (art. 1967, num. 2.°). L'anticresi è incapace d'ipoteca. 4.° L'usufrutto si estingue colla morte dell'usufruttuario (articolo 515). Questa causa di estinzione non si applica all'anticresi.

C) *Differenze tra l' anticresi e l' ipoteca.* — Sono due: 1.° L'anticresi conferisce al creditore il diritto di detenere e di godere l'immobile del suo debitore. L'ipoteca non fa perdere al debitore nè la detenzione, nè il godimento dell' immobile ipotecato. 2.° Il creditore ipotecario ha il diritto di far vendere l'immobile ipotecato, per farsi pagare con preferenza sul prezzo che si ritrae dalla vendita. Il creditore anticretico, in tanto gode del vantaggio che promana dal contratto di anticresi, in quanto l'immobile non è venduto, imperciocchè il suo diritto è niente altro che un diritto di ritenzione, di nessuna efficacia di fronte ai terzi (1).

---

(1) V. Baudry-Lacantinerie, *Précis de droit civil,* Vol. III, num. 1050 a 1052; Paris, 1892.

166. Della fideiussione.

BIBLIOGRAFIA. — 1.° De Marsiliis, *De fidejussoribus* (Lugduni, 1593); — 2.° Aretini, *Tractatus de fidejussoribus* (Venetiis, 1622); — 3.° Manzii, *De fidejussoribus* (Ingolst. 1641); — 4.° Hering, *De fidejussoribus* (Francofurti, 1647); — 5.° Ziegleri, *De fidejussoribus* (Jenae, 1657); — 6.° Gründler, *Comm. de fidejussore fidejussoris* (Halae, 1794); — 7.° Burman, *De fidejussoribus eorumque privilegiis* (Traj. ad Rhenum, 1804); — 8.° Clairat, *Des divers bénéfices accordés à la caution, et du recours qu'elle peut exercer contre le débiteur* (Paris, 1852); — 9.° Blanc, *Du bénéfice de discussion* (Paris, 1853); — 10.° Dedekind, *De exceptione divisionis disquisitiones* (Goett. 1853); — 11.° David, *Des divers bénéfices accordés à la caution* (Paris, 1854); — 12.° Troplong, *Du cautionnement* (Paris, 1856); — 13.° Chomette, *Des fidéjusseurs* (Paris, 1863); — 14.° Huart, *Des divers bénéfices des cautions* (Paris, 1864); — 15.° Dehon, *Des bénéfices introduits en faveur des fidéjusseurs* (Paris, 1864); — 16.° Baret, *Des effets du cautionnement quant aux rapports de la caution avec le créancier et avec les tiers* (Paris, 1868); — 17.° Grehen, *Des bénéfices de droit qui appartiennent aux cautions* (Paris, 1869); — 18.° Duméril, *Des bénéfices des cautions* (Paris, 1870); — 19.° Pernot, *Des recours des cautions* (Paris, 1870); — 20.° Buston, *De la fidéjussion* (Bordeaux, 1873); — 21.° Alquié, *Du cautionnement* (Paris, 1874); — 22.° Deschamps, *Des effets du cautionnement dans les rapports de la caution avec le créancier* (Paris, 1882); — 23.° Lecoq, *Des bénéfices des fidéjusseurs* (Paris, 1888); — 24.° Corsi, *La fideiussione considerata nei rapporti del Codice civile, coi principii del Diritto romano, colla dottrina e colla giurisprudenza* (nella *Legge*, anno 1887, Vol. II, pag. 31 e seg.; anno 1888, Vol. I, pag. 134 e seg.); — 25.° De Viola, *La fideiussione a favore di persona incapace* (nella *Temi Veneta,* anno 1890, pag. 445 e seg.); — 26.° Trivisonno, *La fideiussione* (nel *Filangieri,* agosto 1893); — 27.° Mirabelli, *La fideiussione* (nei *Contratti speciali,* Napoli, 1894); — 28.° Rossi, *Le garenzie della donna per i debiti altrui in Diritto romano* (nell'*Archivio giuridico,* Vol. LII, anno 1894); — 29.° Senigaglia, *Sull'azione di rilievo spettante al fideiussore nei casi preveduti dall'articolo 1919 Codice civile* (nel *Foro italiano,* anno 1895, parte I, pag. 658).

L'uso dei fideiussori fu a Roma, in tutti i tempi, frequentissimo. Tra l'altro, come ha osservato il Maynz, quasi

tutti gli atti dell'antica procedura esigevano l'intervento dei fideiussori, a cui si davano i nomi di *vindex*, *vas*, *praes* (1). La fideiussione, allo stesso modo del pegno, dell'anticresi, della ipoteca, appartiene alla classe dei contratti di garantìa; alla classe di quei contratti chiamati acconciamente dal Troplong *les places fortes du Droit civil.* Ben è vero, che colui che domanda del danaro in prestito, vorrebbe che il creditore fosse contento alla sola sua promessa di restituirlo al tempo convenuto, e si lamenta quando gli si chiede una guarentigia più solida delle sue parole. Ma, d'altra parte, a chi non son note le ampie profferte di coloro che han bisogno di danaro, mentre poi si mostrano restii all'adempimento delle assunte obbligazioni? Diceva in proposito il Molière:

« Les dettes aujourd'hui, quelque soin qu'on emploie,
Sont comme les enfants, que l'on conçoit en joje,
Et dont avec peine on fait accouchement.
L'argent dans notre bourse entre agréablement,
Mais, le terme venu que nous devons le rendre,
C'est lors que les douleurs commencent à nous prendre. »

Ecco perchè l'accorto padre di famiglia non si fermerà alle larghe promesse del debitore; ma richiederà da lui guarentige meno labili ed insicure. Tra queste guarentige è frequentissima la fideiussione. Ciò si avvera ai tempi nostri, e s'avverava ancora presso i Romani, come dianzi abbiamo avvertito. *Fidejussores saepe solemus accipere*, dice il giureconsulto Gaio (*Commentarii*, III, 117). Nell'imprendere lo svolgimento della teoria delle donazioni, abbiamo richiamate le parole di Cuiacio: « Non inscite doctores nostri dixerunt, titulos de donationibus et fidejussoribus esse fatuorum hominum. » E la *sapienza popolare* concorda su questo punto colla sentenza dei Dottori. Un proverbio francese dice: « Qui cautionne paye. » Ed un proverbio italiano registrato dal Giusti: « Saluta, commenda, offera, proffera, ma non t'obbligare. » Nelle fonti è adoperata la voce *periculum*, quando si parla del fideiussore (L. 116, D. *de verborum obligationibus*; L. 66, § 1, D. *ad senatusconsultum Trebellianum*). Ma da

(1) V. Maynz, *Cours de droit romain*, Vol. II, § 261; Bruxelles, 1877.

ciò non bisogna ricavare la conseguenza, che l'uomo saggio non deve mai costituirsi sicurtà; la fideiussione è un contratto di beneficenza, e sarebbe opposto ai dettami della morale il principio che tra gli uomini pretendesse di bandire il contratto che ci presenta uno dei mezzi per recare ad atto questa beneficenza. E gravi considerazioni di economia sociale attestano pure la importanza ed anche la necessità della fideiussione. Il giureconsulto deve ricavare questa sola conseguenza dalle osservazioni che precedono: la conseguenza cioè che l'accorto padre di famiglia deve procedere con molta riflessione nel mallevare le altrui obbligazioni. Come ben dice il Troplong, egli deve ricordarsi della sentenza di Seneca: *Dabo egenti*, *sed ut ipse non egeam*; *succurram perituro*, *sed ut ipse non peream* (*De beneficiis*, II, 15). Solo con questo temperamento si può accettare la sentenza che si trova enunciata dalla sapienza dei dotti e dalla sapienza del popolo.

I.

Della natura e dell'estensione della fideiussione.

Quegli che si costituisce fideiussore per un'obbligazione si vincola verso il creditore a soddisfare alla stessa obbligazione, qualora il debitore non vi soddisfaccia (art. 1898). Di qui si trae, che la fideiussione può definirsi quasi colle stesse parole del legislatore: un contratto, col quale taluno si vincola personalmente verso il creditore a soddisfare ad una obbligazione di cui altri è debitore principale, nel caso che costui non vi soddisfaccia (1). L'articolo 1898 del nostro Codice corrisponde all'articolo 2011 del Codice francese, del quale diceva il Troplong, che esso presenta una definizione esattissima della fideiussione, *quoiqu'elle n'affecte pas la forme*

---

(1) La voce *fideiussione* richiama la *buona fede* che deve regnare in questo contratto. Il Codice francese la dice *cautionnement*, per indicare la prudenza del creditore che ha voluto rendersi più certo dell'esecuzione di ciò che gli è stato promesso (*cavere, cautum*). Nel medio-evo questo contratto chiamavasi *Plegium*; donde la denominazione di *prieggio*, che tuttora è rimasta nel dialetto napoletano. V. D'Ambra, *Vocabolario napolitano-toscano*, verb. *Prieggio*; Napoli, 1873.

ordinaire des définitions. Questo è appunto il concetto della fideiussione; il mallevadore si sottomette verso il creditore a soddisfare l'obbligazione quando essa non sia assolta dal debitore. Il Casaregis così definiva la fideiussione: « Susceptio in se alienae obligationis. » E il de Marsiliis così determinava la figura del fideiussore: « Fidejussor est ille qui alienam obligationem in suam suscepit fidem, principale tamen debitore remanente obligato. » In tema di fideiussione non si avvera la divisione dell'obbligazione; il debitore permane obbligato ad assolvere integralmente ciò che costituisce oggetto del *vinculum juris.* Il Menochio richiama in proposito le parole di Bartolo: « Obligatio principalis debitoris et fidejussoris dicitur una et eadem, connexa et individua (1). » Il fideiussore si obbliga semplicemente alla osservanza dell'obbligazione nel caso d'inadempimento della medesima da canto del debitore principale. Abbiamo ripetuta la nozione della fideiussione che il Codice ci presenta.

Alla esistenza della fideiussione si richiede il concorso di quattro condizioni (2).

A) Il consenso delle parti, ossia del creditore e di colui che si rende fideiussore. Non è necessario il consenso del debitore. Statuisce espressamente l'art. 1901: Ciascuno può rendersi fideiussore senza ordine ed eziandio senza saputa di colui pel quale si obbliga, e costituirsi fideiussore non solo del debitore principale, ma anche del fideiussore di questo. Il fideiussore del fideiussore è chiamato dal Fabro *fideiussoris collaudator* (3); ed in Francia si dice *certificateur de caution.*

B) Un debito per sicurezza del quale siasi data la fideiussione. La fideiussione non può eccedere ciò che è dovuto dal debitore, nè essere contratta sotto condizioni più gravi. Può prestarsi per una parte soltanto del debito, ed a condizioni meno gravi. La fideiussione che eccede il debito, o che si contrae sotto condizioni più gravi, è valida soltanto sino alla misura dell'obbligazione principale (art. 1900). Il Codice dichiara espressamente, che il fideiussore può obbligarsi per una parte soltanto del debito, ed a condizioni meno gravi. Il

(1) V. Menochio, *De praesumptionibus,* Lib. III, Praes. 143, numero 9; Genevae, 1676.

(2) V. Zachariae, *Cours de droit civil,* Vol. II, § 423.

(3) V. Fabro, *Codex,* Lib. VIII, Cap. VI, def. 32; Lugduni, 1661.

Diritto moderno riproduce la dottrina del giureconsulto Ulpiano: i fideiussori *in leviorem causam accipi possunt* (L. 8, § 7, D. *de fidejussoribus*). E lo stesso giureconsulto spiega anche più chiaramente il suo concetto. « In minorem summam recte fidejussor accipitur. » Il debitore principale è obbligato a pagare la somma di duemila lire; l'obbligazione del fideiussore può limitarsi a garantire il pagamento di mille lire. Aggiunge Ulpiano: « Accepto reo pure, ipse ex die vel sub conditione accipi potest. » Il debitore principale è obbligato puramente e semplicemente; il fideiussore si può obbligare a termine o sotto condizione. Vuolsi però avvertire che il fideiussore, per garantire la sua obbligazione, può costituire ogni sorta di sicurtà, senza che perciò debba considerarsi come obbligato sotto condizioni più onerose che il debitore principale. Così, benchè il debito principale sia meramente chirografario, niente si oppone a che il fideiussore costituisca un'ipoteca a favore del creditore (1).

C) Un' obbligazione personale di soddisfare il debito di un terzo. Quindi la sola tradizione di un pegno o la sola costituzione di un'ipoteca per garantìa del debito di un terzo non formano punto una fideiussione.

D) La limitazione dell'obbligazione che contrae il fideiussore al caso in cui il debitore non soddisfaccia egli stesso al suo debito. Ma più innanzi vedremo gli effetti della fideiussione solidale.

La validità di questo contratto non è sottoposta all'osservanza di nessuna formalità estrinseca. Nondimeno, giusta l'art. 1902, la fideiussione non si presume, ma deve essere espressa, e non può estendersi oltre i limiti nei quali fu contratta. *Fidejussio est strictissimi juris*, dicono il Fabro ed il Casaregis. Di qui deriva, come ebbe ad osservare il Supremo Collegio di Firenze, che la semplice attestazione di onestà e solvibilità di una persona non può importare fideiussione a favore di essa; imperciocchè è indubitato in diritto, che tali dichiarazioni non obbligano chi le proferì nè come mandante, nè come fideiussore, se il mandato o la fideiussione non furono chiaramente espressi; tanto più che, quando si tratta

(1) Vinnio maestrevolmente nota che il fideiussore può obbligarsi *arctius quam reus principalis*, ma non *durius*. (*Institutionum*, Lib. III, tit. XXI, num. 5; Venetiis, 1754).

di obbligarsi, vuolsi intendere omesso ciò che chiaramente non fu espresso (1). Il Troplong, arrestandosi sull'articolo 2015 del Codice francese, ha provato luminosamente quanto sia razionale la massima, che la fideiussione non si presume. Il fideiussore si obbliga per un debito che non è il suo; egli si espone, per l'utilità altrui, alla perdita o alla diminuzione del suo patrimonio, ai rigori di un creditore, alle vessazioni giudiziali. E qui il giureconsulto francese richiama le eleganti parole di Quintiliano, in rapporto ai fideiussori: « Petitur ab illis pecunia quam non acceperunt, non in ullum rerum suarum usum converterunt. » Vi sono molte persone prudenti che preferiscono donare anzichè costituirsi sicurtà, ed esse hanno ragione. È cosa rara che colui il quale presta fideiussione non finisca col pagare; e pagare, in questo caso, pagare per una persona che ha deluse le vostre aspettative, che « vous laisse en face d'âpres poursuites ou de démêlés désagréables, c'est subir plus que les charges d'une donation, sans éprouver cette satisfaction et cette tranquillité du coeur qui accompagnent un bienfait (2). » Adunque la legge interpreta la natura umana quando stabilisce il principio, che la fideiussione non si presume.

L'art. 1903 prevede il caso che non siansi assegnati limiti alla fideiussione, ch'essa sia stata contratta *in universam causam,* come dice il giureconsulto Paolo (L. 56, D. *de aedil. edicto*): La fideiussione indefinita per una obbligazione principale si estende a tutti gli accessori del debito, e anche alle spese della prima domanda, ed a tutte quelle posteriori alla denunzia fatta al fideiussore. In tal caso, il creditore deve essere pienamente indennizzato dal fideiussore: *indemnem me praestabis* (L. 54, D. *loc. cond.*). Il Casaregis così enunciava il principio sancito nell'articolo 1903 del nostro Codice: « Simplex fidejussor alicujus contractus non solum obligatur ad id ad quod principalis debitor expresse aut directe tenetur; sed obligatur etiam pro omnibus illis casibus et causis non expressis, quae possunt provenire ex natura ipsius contractus. Necnon tenetur pro omnibus aliis acces-

(1) Corte di Cassazione di Firenze; sentenza dei 9 maggio 1881; nel *Giornale delle leggi,* anno XII, num. 39.

(2) V. Troplong, *Du cautionnement,* num. 133.

soriis, connexis, aut dependentibus ab eodem contractu (1). » Nelle fonti si trovano svariate applicazioni di questo principio. Così, decide Paolo che il fideiussore del conduttore risponde degli interessi moratori ai quali costui è tenuto pel ritardo nel pagamento del prezzo della locazione. « Aequum videtur ipsum quoque agnoscere onus usurarum. » (L. 54, D. *locati conducti*). In un altro frammento dello stesso giureconsulto è detto, che il fideiussore deve rispondere delle conseguenze della risoluzione di un contratto pel quale si è costituito sicurtà. « An fidejussori emptionis redhiberi mancipium possit? Respondi: si in universam causam fidejussor sit acceptus, putat Marcellus, posse ei fidejussori redhiberi. » (L. 56, D. *de aedilitio edicto*).

Ogni persona capace di obbligarsi è, per ciò solo, capace di prestar fideiussione. Il Codice italiano s'è guardato dal riprodurre il divieto del senatoconsulto Velleiano. Dichiarò in proposito, nella *Relazione ministeriale*, il Pisanelli: « Le ragioni addotte dai sostenitori del senatoconsulto Velleiano, i quali ravvisano un monumento di sapienza legislativa in un provvedimento di circostanza, dettato dallo stesso pensiero che esagerò il sistema dotale, non possono ammettersi da una buona teorica, perchè esse proverebbero troppo. La logica conseguenza di quelle ragioni sarebbe la tutela universale e perpetua non solo delle donne, ma altresì degli uomini. In Francia il divieto alle donne di mallevare le altrui obbligazioni fu abolito fin dal 1606. Il Codice francese, quello delle Due Sicilie, il parmense e l'austriaco non ne parlano più. I soli Codici sardo ed estense, che così nel bene come nel male più si accostarono alle tradizioni del Diritto romano, furono tratti dalla forza delle abitudini a riprodurre un divieto che segna un regresso nella scienza legislativa. » Ma qui dobbiamo richiamare l'ordinamento racchiuso nell'articolo 134 del Codice, che la moglie non può costituirsi sicurtà senza l'autorizzazione del marito. E quando si tratta di fideiussione assunta dalla moglie per debiti del marito, stante la opposizione di interessi, è indispensabile l'autorizzazione giudiziale (2).

---

(1) V. Casaregis, *Discursus legales de commercio*, Disc. LXII, numeri 40 e 41; Venetiis, 1740.

(2) Corte di Cassazione di Firenze; sentenza dei 14 giugno 1895; negli *Annali della giurisprudenza italiana*, anno 1895, parte I, pag. 236.

La fideiussione non può sussistere che per una obbligazione valida. Ciò non ostante può prestarsi la fideiussione per un'obbligazione, la quale possa essere annullata in forza di una eccezione meramente personale all'obbligato, siccome nel caso della minore età (art. 1899). In tal caso, la legge presume che precisamente in considerazione dell'incapacità, e per mettere il creditore al sicuro dalle conseguenze della eccezione che l'incapacità concedeva, sia intervenuto il fideiussore. Ancora: siccome il fideiussore non ha dovuto ignorare l'incapacità del debitore, è naturale di presumere in lui questa intenzione. Deve quindi ritenersi efficace la fideiussione prestata per sicurezza delle obbligazioni contratte da un minore, principalmente ad occasione della vendita dei suoi beni senza formalità giudiziali; efficace la fideiussione prestata a guarentigia delle obbligazioni contratte da una donna maritata, che non abbia ricevuta l'autorizzazione necessaria, sia del marito, sia del magistrato (1).

L'articolo 1899 del Codice civile italiano risponde letteralmente all'articolo 2012 del Codice Napoleone, dove eziandio si trova detto che la fideiussione può prestarsi per una obbligazione, « encore qu'elle pût être annulée par une exception purement personnelle à l'obligé; par exemple, dans le cas de minorité. »

Uno dei più chiari espositori del Codice francese, il Laurent, non dubita di ritenere siffatta disposizione contraria ai principî del diritto e della equità. Egli la giudica un'anomalia. Vogliamo riferire le sue parole testualmente: « Un mineur peut demander la rescission de l'obligation qu'il a contractée; si l'obligation est rescindée, la caution n'en sera pas moins tenue de l'exécuter. Cette exception est-elle fondée en droit et en équité? Cela nous parait très-douteux... Cette dette que je paye, je la paye sans cause. Pourquoi ai-je cautionné la dette? Pour rendre service au débiteur, par sentiment d'affection ou de libéralité; or, je ne lui rends pas service s' il ne doit rien, je ne fais plus un contrat de bienfaisance en faveur du débiteur, je fais une libéralité au créancier que je n'entendais pas gratifier. C'est une anomalie (2). » È giusta tale censura?

(1) V. Aubry e Rau su Zachariae, Vol. II, § 424.
(2) V. Laurent, *Principes de droit civil,* Vol. XXVIII, num. 136.

Il Laurent si è mostrato molto corrivo alla riprovazione. La disposizione ch'egli qualifica siccome un'*anomalia*, ch'egli ritiene difforme dai principî del diritto e della equità, quella disposizione il giure moderno l'attingeva dalle pure scaturigini della sapienza latina. I biasimi del Laurent ci impongono di precisare le fonti dell'articolo 2012 del Codice francese, cui risponde l'articolo 1899 del Codice italiano.

Troviamo in primo luogo un frammento del giureconsulto Ulpiano, così concepito: « In causae cognitione versabitur, utrum soli ei succurrendum sit, an etiam his, qui pro eo obligati sunt, ut puta fidejussoribus. Itaque si cum scirem minorem, et ei fidem non haberem, tu fidejusseris pro eo, non est aequum, fidejussori in necem meam subveniri. » (L. 13, D. *de minoribus vigintiquinque annis*). In questo frammento di Ulpiano il Laurent poteva trovare luminosamente giustificata la disposizione da lui chiamata un'anomalia. Siccome conosco la incapacità dell' altro contraente, domando la fideiussione, che garantisca l'obbligazione. Voi, per assicurarmi, non dubitate di presentarvi come mallevadore dell'obbligazione assunta principalmente dal minore. Se poi costui, trincerandosi dietro l' eccezione della sua incapacità, si nega all' adempimento della obbligazione, non è giusto che io mi rivolga verso di voi? E non sarebbe ingiusta la legge, se, *in necem meam,* son parole di Ulpiano, vi assolvesse da quella garantìa, senza della quale io non avrei certo contrattato col minore?

Il Gotofredo, sul riferito frammento di Ulpiano, osserva: « Qui sciens prudensque se pro minore obligavit, si id consulto consilio fecit, licet minori succurratur, ipsi tamen non succurretur. » *Non succurretur,* perchè il fatto spontaneo del mallevadore ha deciso il creditore al contratto. Adunque, il diritto e la equità non contrastano la disposizione, che in questo caso vuole salva l'obbligazione accessoria, sebbene sia nulla l'obbligazione principale.

Se dalle Pandette passiamo al Codice, troviamo una Costituzione degli imp. Diocleziano e Massimiano, nella quale viene stabilita la stessa teoria professata dal giureconsulto Ulpiano. Ecco il testo della Costituzione imperiale: « Si ea, quae tibi vendidit possessiones interposito decreto praesidis, aetatis tantummodo auxilio juvatur, non est dubium fidejussorem ex persona sua obnoxium esse contractui. Verum si dolo malo apparuerit contractum interpositum esse, mani-

festi juris est, utrique personae, tam venditricis, quam fidejussoris consulendum esse. » (L. 2, Cod. *de fidejussoribus minorum*). Nella riferita Costituzione si distingue il caso in cui l'obbligazione principale è nulla a motivo del dolo, dal caso in cui la nullità dell'obbligazione principale trae origine dalla minore età. Nel primo caso, all'annullamento dell'obbligazione principale è pedissequo l'annullamento dell'obbligazione accessoria. Nel secondo caso, l'obbligazione accessoria, la fideiussione, non subisce la sorte dell'obbligazione principale.

Antonio Perezio, nelle sue *Prelezioni* sul Codice giustinianeo, illustra dottamente, secondo è suo costume, questa teoria; e noi vogliamo riferire integralmente le sue parole. Nel corso del nostro lavoro abbiamo fatto spesse volte tesoro delle opere degli antichi giuristi; presso al termine del medesimo, non crediamo opportuno di allontanarci dal sistema abbracciato. Tale sistema non è certo di moda; al vanto di seguir la moda, preferiamo quello di esporre con chiarezza e precisione le teorie scientifiche. E, quando si parla di chiarezza e di precisione nella esposizione delle dottrine, niuno potrà negare che le opere degli interpreti del giure latino, prodotto di lunghe vigilie (e non *substantia festinata*, come la più parte dei moderni lavori), debbano senza contrasto ottenere il primato.

Dice il Perezio: « Quaestio oritur: An fidejussores jure minorum restitui debeant? Distinguendum est: aut enim minor dolo creditoris deceptus est, et tunc aequum est utrique consuli tam minori, quam fidejussori: aut minor circumventus est in re, sine dolo tamen adversarii, puta lubrico aetatis, et tunc ita ei succurritur, ut non subveniatur fidejussori ejus. Et ratio sumitur ex divisione exceptionum, quae est in L. 7, D. *de exceptionibus,* ubi ait Jurisconsultus quasdam exceptiones esse rei, quasdam personarum. Exceptiones rei sunt, quae non propter favorem personae competunt, sed propter rem ipsam, ut est exceptio rei judicatae, jurisjurandi, pacti, doli mali, quod metus causa. Cum igitur exceptio doli sit ex earum numero, quae rei seu causae cohaerent, mirum non est, si fidejussori etiam competat; cum aequius sit, adversarium, qui dolum commisit, damnum pati, quam fidejussorem qui bona fide intercessit. Exceptiones vero quae personae cohaerent, personam non egrediuntur; ut exceptio, quam habet socius, vel maritus, ne condemnetur in solidum, vel benefi-

cium restitutionis in integrum, quod minori lubrico aetatis capto competit, non competit fidejussori socii, mariti, vel minoris; quia haec exceptio est mere personalis: quod si enim esset realis, fidejussori quoque competeret. Ex quibus manifesta fit distinctio nostra, quod, si dolo malo circumventus sit minor, tam ei quam ejus fidejussori succurratur; sin autem circumscriptus sit in re tantum, sine dolo tamen adversarii, minori subveniatur, non item ejus fidejussori. Injurium namque esset huic in damnum creditoris subveniri qui in securitatem obligationis eum accepit: est enim quod sibi, facilitatique suae imputet, quod pro minore fidejusserit (1). »

Ecco spiegata l'*anomalia,* racchiusa nell'articolo 1899 del Codice italiano e nell'articolo 2012 del Codice francese. Il Perezio si ferma non solo intorno alla ragione giuridica, ma eziandio intorno alla ragione che deriva dalla equità. Ed il lettore deve ricordarsi, che il Laurent faceva ricorso tanto al diritto che alla equità, per combattere quella teoria, che noi abbiamo dimostrato non essere una innovazione stabilita dal Diritto moderno.

Il Laurent osserva che, al mallevadore, costretto a rispondere di una obbligazione riconosciuta nulla nei rapporti fra il debitore principale ed il creditore, viene attribuita una intenzione da lui non avuta; la intenzione di esercitare una liberalità verso quest'ultimo, verso il creditore. Noi, veramente, non ammettiamo questa intenzione. Per regola generale, il fideiussore, al momento del contratto, si augura di non essere costretto a pagare, si augura che il debitore serberà fede al contratto. Ma, se la sorte del mallevadore si volesse far dipendere dalla sua intenzione, allora il contratto di fideiussione in nessun caso avrebbe efficacia rispetto al creditore. In nessun caso il mallevadore ha intenzione di esercitare una liberalità verso il creditore. Allora il proverbio toscano, da noi sopra riferito: *saluta, commenda, offera, proffera, ma non t'obbligare*, questo proverbio non avrebbe significato. Imperocchè è appunto l'*obbligazione* contratta dal mallevadore al momento della stipulazione, e spesso con cuor leggiero, quella che poi lo costringe a pagare nel caso non infrequente d'inadempimento da parte del debitore.

---

(1) V. Perezio, ***Praelectiones in duodecim libros Codicis Justiniani,*** **Lib. II, tit. XXIV, num. 1; Amst. 1761.**

Se il Laurent si limita ad osservare, non essere piacevole la condizione del fideiussore, che deve pagare per ciò che altri ha ricevuto, non saremo certo noi che combatteremo la sua sentenza. Ma, il fideiussore imputi a sè stesso la sorte che gli è toccata: *sibi, facilitatique suae imputet, quod pro minore fideiusserit*, ripeteremo col Perezio. Per volontà propria si è cacciato nel ginepraio dove ora si trova. Sarebbe strano pretendere dal creditore la rinunzia dei suoi diritti, per commiserazione della sorte di colui che non ha dubitato, *nullo jure cogente*, di mallevare l'obbligazione da altri contratta (1).

Ci siamo fermati lungamente, più di quello che era consentito in un libro di *Istituzioni*, intorno alla disamina dell' articolo 1899. E questa ampia disamina ci è stata consigliata da due ragioni. In primo luogo, la frequenza nella vita pratica dell' applicazione del principio racchiuso nel mentovato articolo; specialmente trattandosi della vendita dei beni di un minore senza le formalità giudiziali. In secondo luogo, la necessità di mostrare con un esempio ai nostri giovani lettori, che è impossibile formarsi un concetto esatto delle più importanti disposizioni del Diritto moderno senza ricorrere al Diritto romano. Il Laurent, certamente, non avrebbe affermato con tanta sicurezza, che nell'articolo 2012 del Codice francese è racchiusa un' *anomalia*, se da lui non si fossero trascurati gl' insegnamenti dei sommi giureconsulti. Altrove abbiamo riferito un periodo del Laurent, nel quale egli non dubita di dire: *peu nous importent aujourd' hui les textes romains, c'est de l'histoire*. Ma questa *storia* non deve essere dimenticata; altrimenti si corre il rischio di interpretare malamente il sistema del Diritto moderno, di proclamare come una *anomalia* ciò che è pienamente conforme ai dettami del diritto e della equità.

Quando non ricorre il caso eccezionale preveduto espressamente dalla legge, la nullità dell' obbligazione principale importa la nullità della fideiussione. « Fidejussor non obligatur quando intervenit in actu, vel contractu, cui lex resistit, quia actus contra legem est ipso jure nullus, praesertim quando lex movetur pro publica utilitate, vel est actus

---

(1) V. la nostra monografia sulla parola *Accessorio;* nella *Enciclopedia giuridica italiana*, Vol. I, parte I; Napoli, 1882.

mali exempli, nutritivus peccati et contra bonos mores (1). »
Decideva il Supremo Collegio di Palermo, che la nullità dell'obbligazione principale di un commerciante poi fallito, perchè contratta durante lo stato di cessazione dei pagamenti, importa pure la nullità della fideiussione prestata da un terzo. « Non si comprende una fideiussione senza esistenza di una obbligazione principale che non fosse valida; ciò è di essenza nella fideiussione, ed emerge chiaramente dalla definizione che di essa ha segnata la legge medesima. In un caso soltanto è possibile per la legge la esistenza della obbligazione fideiussoria malgrado possa essere annullata l'obbligazione principale, ed è quello segnato dall'articolo 1899 Codice civile, cioè quando l'obbligazione principale potrà essere dichiarata nulla in forza di una eccezione meramente personale all'obbligato. In questo caso la legge presume che il fideiussore sia intervenuto al fine di mettere il creditore al coverto dalle conseguenze della incapacità dell'obbligato, incapacità che il fideiussore non ha dovuto ignorare, e che non può opporre al creditore, perchè in genere le eccezioni meramente personali, secondo la dottrina, sono caratterizzate non *separabiles a persona rei*. Ma quali sono le eccezioni meramente personali all'obbligato? Senza dubbio quelle che si riferiscono allo stato di capacità dell'obbligato medesimo. E che così sia lo si rileva dall'articolo 1899, il quale, volendo accennare, *causa demonstrationis,* al concetto della eccezione meramente personale dell'obbligazione, si esprime così: « Siccome nel caso della minore età. » Quel *siccome* spiega chiaramente come la legge voglia parlare, sotto la espressione di *eccezione meramente personale,* dello stato di capacità dell'obbligato. Or avuto riguardo all'articolo 709 Codice commerciale, gli atti, i contratti, i pagamenti, i pegni, le anticresi e le ipoteche consentite nelle condizioni determinate nel detto articolo, la legge le presume in frode dei creditori; ed è in rispetto a cotesto soltanto che vengono annullate in difetto di prova contraria, non per mancanza di capacità del debitore (2). »

(1) V. Sabelli, *Summa diversorum tractatuum*, verb. *Fidejussor,* num. 10; Parmae, 1733.

(2) Corte di Cassazione di Palermo; sentenza dei 7 giugno 1894; negli *Annali della giurisprudenza italiana,* anno 1895, parte I, pagina 144.

Ed ora possiamo continuare la esposizione delle regole contenute nel Codice, circa la natura e la estensione della fideiussione.

La fideiussione è convenzionale, legale o giudiziaria, secondo che vien data in virtù di una convenzione, di una disposizione della legge o di una sentenza colla quale il giudice abbia, di sua autorità, imposto ad una delle parti l'obbligazione di darla. Allorchè la sentenza condanna una delle parti a prestare un fideiussore, in esecuzione di una obbligazione convenzionale o legale di cui dichiara l'esistenza, la fideiussione, come bene osserva lo Zachariae, conserva la sua indole primigenia, e non diventa punto giudiziaria.

Il debitore obbligato a dare sicurtà deve presentare persona capace di contrattare, che posseda beni sufficienti per cautelare l'obbligazione, e che abbia il suo domicilio nella giurisdizione della corte d'appello in cui si deve prestare la sicurtà (art. 1904). Quando però il creditore ha consentito a ricevere un fideiussore che non riunisce tali qualità, egli non può insorgere contro la sua approvazione. *Contentus esse debet,* per servirci delle parole di Paolo (L. 10, § 1, D. *qui satisdare cogantur*). Indarno il creditore allegherebbe la sua ignoranza; imperciocchè, come dice Eringio, *creditor praesumitur in dubio scivisse fideiussoris qualitatem cum eum acciperet.* Bisogna però eccettuare il caso di frode (1).

La solvenza di un fideiussore non si misura che in ragione de'suoi beni capaci d'ipoteca, eccetto che si tratti di materie di commercio o il debito sia tenue. Pel fine accennato non si tien conto dei beni litigiosi, nè di quelli situati a tale distanza da rendere troppo difficili gli atti esecutivi sopra i medesimi (articolo 1905). Il nostro Codice stabilisce, che la solvenza di un fideiussore si misura *in ragione de' suoi beni capaci d'ipoteca;* e tra i beni capaci d'ipoteca l'articolo 1967 colloca le rendite sopra lo Stato, nel modo determinato dalle leggi relative al debito pubblico. Invece l'articolo 2019 del Codice Napoleone vuole che la solvibilità del fideiussore si stimi soltanto, *eu égard à ses propriétés foncières.* Il Codice francese ritiene dunque che le condizioni sociali siano ancor tali, quali erano ai tempi in cui Bartolo domandava: *Quaero, utrum sit idoneus fidejussor ille qui*

---

(1) V. Troplong, *Cautionnement,* num. 201.

non possidet immobilia? E rispondeva senza esitazione: *Non.*

Quando il fideiussore accettato dal creditore volontariamente o giudizialmente sia divenuto in appresso non solvente, se ne deve dare un altro. Questa regola soggiace ad eccezione nel solo caso in cui il fideiussore non sia stato dato che in forza di una convenzione, colla quale il creditore ha voluto per fideiussore quella determinata persona (art. 1906). In tal caso il creditore solo è risponsabile verso sè stesso della scelta che ha fatta; il debitore essendosi obbligato a dargli *questo* fideiussore, non può essere tenuto a sostituirgliene un altro (1).

II.

Degli effetti della fideiussione.

La legge considera gli effetti della fideiussione: **1.° Fra** il creditore ed il fideiussore; 2.° Fra il debitore ed il fideiussore; 3.° Fra più fideiussori.

1.° *Degli effetti della fideiussione fra il creditore ed il fideiussore.* — Il fideiussore non è tenuto a pagare il creditore se non in mancanza del debitore principale, il quale deve preventivamente essere escusso, eccetto che il fideiussore abbia rinunziato al benefizio dell' escussione o siasi obbligato in solido col debitore: in questo caso l'effetto della sua obbligazione si regola cogli stessi principii stabiliti riguardo ai debiti in solido (art. 1907). Il creditore non è tenuto ad escutere il debitore principale, se non quando il fideiussore ne faccia istanza ne' primi atti della causa contro di lui promossa (art. 1908).

Secondo il Diritto romano antegiustinianeo, il creditore poteva rivolgersi direttamente pel pagamento del debito tanto al debitore principale che al fideiussore. « Jure nostro est potestas creditori, relicto reo, eligendi fidejussores, nisi inter contrahentes aliud placitum doceatur. » Così l'imp. Antonino (L. 5, C. *de fidejuss. et mand.*). L'imp. Giustiniano fu quegli che introdusse a favore del fideiussore il *beneficium ordinis vel excussionis* (2): una eccezione colla quale il fideius-

---

(1) V. Duranton, *Cours de droit français*, Vol. XVIII, num. 329.

(2) « Appellatur hoc beneficium alias *ordinis*, alias *excussionis*. Or-

sore, chiamato a rispondere pel pagamento del debito, domanda che sia prima escusso l'obbligato principale: « Sed veniat primum ad eum qui aurum accepit, debitumque contraxit. » (Nov. IV, cap. I). Di questo benefizio diceva la Ruota di Genova: « Excussio habet in se summam aequitatem. » Ed il Vinnio: « Beneficium hoc humanitatis causa fidejussoribus datum. » A questo benefizio sommamente equo ha fatto buon viso il Codice italiano, sulle orme del Codice francese.

Per eccezione alla regola generale, in due casi la legge nega al fideiussore il diritto di prevalersi del benefizio di escussione: quando vi abbia rinunziato e quando siasi obbligato in solido col debitore.

Il fideiussore che fa instanza per l'escussione, deve indicare al creditore i beni del debitore principale ed anticipare le spese occorrenti per l'escussione. Non si tien conto dell'indicazione di beni del debitore principale situati fuori della giurisdizione della corte d'appello in cui si deve fare il pagamento, o di beni litigiosi, o di beni già ipotecati per cautela del debito, i quali non siano più in potere del debitore (art. 1909). Le disposizioni della legge sono ragionevolissime. I beni indicati dal fideiussore non debbono essere di una escussione molto difficile: quindi non si tien conto dei beni situati fuori della giurisdizione della corte d'appello in cui si deve fare il pagamento. I beni non debbono essere litigiosi: *ne alioquin creditor pro pecunia litem accipere cogatur* (1). Non si tien conto dei beni che, sebbene ipotecati per cautela del debito, non sono più in potere del debitore. La situazione di un terzo detentore vuole le considerazioni della legge; non sarebbe giusto che il fideiussore, obbligato in forza di un legame personale, facesse ricadere tutto il peso della risponsabilità sul terzo detentore, che nulla ha promesso e che non è obbligato se non *propter rem* (2). Nel Codice francese si trova l'articolo 2170, in forza del quale il terzo

---

dinis, propter ordinem conveniendi; excussionis, quia bona rei excutiuntur, ut sciatur, an solvendo sit, nec ne. » Vinnio, *Institutionum*, Lib. III, tit. XXI, num. 4; Venetiis, 1754.

(1) V. Fabro, *Codex*, Lib. VIII, tit. VI, definit. 29; Lugduni, 1661.

(2) V. Troplong, *Cautionnement*, num. 267.

possessore dell'immobile ipotecato, *qui n'est pas personnellement obligé à la dette,* può opporsi alla vendita dell'immobile, quando esistano altri immobili ipotecati pel debito stesso, i quali siano posseduti dall'obbligato principale o dagli obbligati principali, e può domandare la precedente escussione, giusta le regole statuite nel titolo *Della fideiussione.* Tenuto conto di questa disposizione, si spiega benissimo, nell'ordinamento del Codice francese, la ragione per cui si nega al fideiussore la facoltà di domandare la escussione di colui che a sua volta ha pur diritto di chiedere *la discussion préalable.* Nel sistema del Codice italiano non è dato il benefizio di escussione al terzo possessore dell'immobile ipotecato. Ciò non ostante il nostro legislatore ha ripetuta la disposizione del Codice francese, che non si tiene conto dell'indicazione di beni già ipotecati per cautela del debito, i quali non siano più in potere del debitore. Quale è il fondamento razionale di tale disposizione nell' ordinamento del Codice italiano? Come ha osservato benissimo un espositore del nostro Codice, vuolsi aver riguardo a tale considerazione, che il benefizio di escussione dato al fideiussore costituisce una disposizione eccezionale, che l'autore della legge dovea mantenere entro giusti confini. Se al fideiussore è data la facoltà di chiedere la preventiva escussione del debitore, non è data la facoltà di chiedere la escussione del terzo. In rapporto al creditore troviamo che sono personalmente obbligati il debitore e il fideiussore; come lo si può costringere a rivolgersi contro il terzo, che non ha assunta personalmente nessuna obbligazione? Questa ragione che adduceva il Troplong, per spiegare il sistema del Codice francese, può certo invocarsi anche sotto l'impero del nostro Codice.

Qualora il fideiussore abbia fatta l'indicazione dei beni in conformità dell'articolo precedente, ed abbia somministrate le spese occorrenti per la escussione, il creditore è responsabile verso il fideiussore fino alla concorrenza dei beni indicati, a cagione della non solvenza del debitore principale, sopraggiunta per essersi da lui differito il procedimento giudiziale (art. 1910). È la sanzione della dottrina così riassunta dal Casaregis: « Actori incumbit docere excussionem factam fuisse eo tempore quo venit dies agendi aut petendi creditum a debitore. Alias, eo tempore per negligentiam creditoris transgresso non competit ei amplius jus agendi adversus

subsidiarie obligatos (1). » La legge non poteva rendere il fideiussore vittima della negligenza del creditore.

Se più persone hanno fatto sicurtà per un medesimo debitore e per uno stesso debito, ciascuna di esse rimane obbligata per l'intero debito (art. 1911). « Si plures sint fidejussores, quotquot erunt numero, singuli in solidum tenentur. Itaque liberum est creditori, a quo velit, solidum petere. » (Inst. § 4, *de fidejuss.*). Ma il seguente articolo 1912 accorda ai confideiussori il benefizio della divisione: « Nondimeno ciascuna delle dette persone, ove non abbia rinunziato al benefizio della divisione, può esigere che il creditore divida preventivamente la sua azione e la riduca alla parte di ciascuna. Se alcuni fideiussori erano non solventi nel tempo in cui uno de' fideiussori ha ottenuto la divisione, questi è obbligato in proporzione per tale non solvenza, ma non può essere più molestato per causa della non solvenza sopravvenuta dopo la divisione. » Il benefizio della divisione nel Diritto romano è chiamato pure *beneficium ex epistola divi Hadriani,* perchè introdotto da una Costituzione di questo imperatore. « Sed ex epistola divi Hadriani compellitur creditor a singulis, qui modo solvendo sunt litis contestatae tempore, partes petere. » (Inst. § 4, *de fidejuss.*). Il benefizio della divisione può eccepirsi, quando il fideiussore non vi abbia rinunziato, in qualunque stato si trovi la causa; cioè a dire, egli può eccepirlo fino a tanto che non è stato condannato in ultima istanza, o con una sentenza passata in cosa giudicata, a pagare il tutto. « Ut dividatur actio inter eos qui solvendo sunt, *ante condemnationem,* ex ordine, solet postulari. » (L. 10, § 1, Cod. *de fidejuss.*).

Ma forse non sarà inutile qualche altra considerazione sul sistema della legge. Si avvera questo caso, che più persone hanno fatto sicurtà per un medesimo debitore e per uno stesso debito. Tenuto conto delle regole generali del diritto, in questo caso l'obbligazione dovrebbe dividersi *ipso jure* tra i fideiussori. Ma l'articolo 1911 ha stimato opportuno di derogare a questo principio; e vi ha derogato in omaggio alla tradizione, imperciocchè l'interprete non può assegnare una ragione davvero convincente del sistema della legge. Non-

(1) V. Casaregis, *Discursus legales de commercio*, Disc. CLXX, num. 2; Venetiis, 1740.

dimeno il Codice, dopo di aver negato ai fideiussori il beneficio che, per ministero di legge, è dato ai condebitori, permette loro di ottenerlo sotto altra forma: ciascun fideiussore può esigere che il creditore divida preventivamente la sua azione e la riduca alla parte di ciascuno (art. 1912). Ed allora si può osservare che, se l'equità esige la divisione del debito tra i fideiussori, sarebbe stato molto più semplice che di pieno diritto si fosse avverata tale divisione, come ha luogo in rapporto ai condebitori. *Le système du législateur est on ne peut plus bizarre;* ripeteremo ciò che dice il Baudry-Lacantinerie, riferendosi al Codice francese (1). Il legislatore incomincia col presentare una derogazione al gius comune, quando statuisce che il debito non si divide di pieno diritto tra i fideiussori; poi, nell'articolo che segue immediatamente, deroga a questa derogazione, concedendo ai fideiussori il beneficio della divisione. In questo ordinamento che, lo ripetiamo, si spiega soltanto colla tradizione, non si ravvisa certo la *simplicitas legibus amica.*

In forza dell'articolo 1911, nel caso che più persone abbiano fatto sicurtà per un *medesimo debitore* e per uno *stesso debito*, ciascuna di esse risponde dell'intero debito. Ma *quid juris* nel caso che si tratti di *due debitori* solidalmente obbligati per lo *stesso debito,* e di due fideiussori ciascuno dei quali ha garantito uno dei debitori? Ad esempio, Primo e Secondo sono tenuti solidalmente a pagare diecimila lire; Paolo ha garantito Primo, Giovanni ha garantito Secondo: troviamo, nella ipotesi dianzi figurata, che due fideiussori hanno fatto sicurtà per uno *stesso debito*, ma non per un *medesimo debitore.* Ciascuno dei fideiussori dovrà rispondere dell'intero debito? A prima fronte, facendosi ricorso all'argomento *a contrario*, parrebbe accettabile la soluzione negativa. Il Codice statuisce che più fideiussori son tenuti per l'intero quando han fatto sicurtà per un medesimo debitore e per uno stesso debito; se manca, come nell'esempio addotto, una delle condizioni enunciate nell'art. 1911, ciascun fideiussore deve rispondere di una parte del debito. Il Ricci combatte questa soluzione, siccome quella che non è conforme alla intenzione del legislatore. Giusta i principî generali

(1) V. Baudry-Lacantinerie, *Précis de droit civil,* Vol. III, numero 965; Paris, 1892.

di diritto, più fideiussori che hanno garantito uno stesso debito ed uno stesso debitore sono obbligati *pro rata.* Il legislatore, volendo derogare, in questa materia, alle norme del diritto comune, è stato costretto a dichiarare che ciascun fideiussore rimane obbligato per l'intero debito. Or bene, se il legislatore ha obbligato ciascun fideiussore per l' intero, allorchè esso, giusta i principî del diritto comune, sarebbe tenuto per la virile, è possibile supporre che abbia inteso dichiararlo tenuto in parte allorchè, a termini del diritto comune, esso deve rispondere dell' intero? Sarebbe questa la più mostruosa delle contraddizioni, che non può supporsi nel legislatore. Il Ricci passa a dimostrare la proposizione che costituisce il *substratum* del suo ragionamento; la proposizione, cioè, che, giusta i dettami del diritto comune, quando ciascun fideiussore ha garantito uno soltanto dei debitori solidalmente obbligati, è tenuto per l'intero. Il fideiussore, che garantisce uno fra più debitori solidali, che cosa garantisce? Senza dubbio, quello che il debitore, per cui fa sicurtà, deve al creditore. Ora il debitore solidale garantito deve l'intero al creditore; dunque esso ha garantito l' intero debito dovuto al creditore da una sola persona; quindi, per logica necessità, la sua obbligazione si estende all'intero debito, nè può limitarsi alla virile, mancando i diversi obbligati tra i quali si possa fare la divisione. Nè si dica che vi ha un altro fideiussore, col quale la divisione potrebbe farsi, a' termini del gius comune; imperocchè l' un fideiussore, nella specie, è estraneo all'altro, e la convenzione dell' uno nulla ha di comune con quella dell'altro. Nè la divisione può invocarsi in base all'articolo 1912. Il benefizio della divisione è dato dalla legge a quei fideiussori ch'essa, derogando al gius comune, ha dichiarato tenuti per l' intero; dunque, non riguarda quei fideiussori che son tenuti per l' intero in forza dei principî generali di diritto. L'articolo 1912 è collegato strettamente all'articolo 1911, al quale si riferisce (1). Noi accettiamo la teoria propugnata dal Ricci, e ci piace aggiungere, a conforto della medesima, che essa è pienamente conforme alle tradizioni del Diritto romano.

Come i fideiussori possono rinunziare al benefizio della

(1) V. Ricci, *Corso teorico pratico di diritto civile*, Vol. IX, numero 345.

divisione, il creditore può rinunziare alla solidalità che esiste in principio fra costoro. La rinunzia del creditore produce un effetto notevolissimo; un effetto, che stabilisce una grande differenza tra la divisione voluta dal creditore e quella domandata in giudizio dai fideiussori. Statuisce l'art. 1913 che, se il creditore ha diviso egli stesso e volontariamente la sua azione, non può recedere dalla fatta divisione, quantunque prima del tempo in cui ha dato il consenso per tale divisione, vi fossero de'fideiussori non solventi. Invece, giusta la disposizione del precedente art. 1912, quando la divisione è ordinata dall'autorità giudiziaria, essa lo è sotto la condizione che i fideiussori solventi pagheranno per coloro che sono attualmente non solventi.

Il fideiussore del fideiussore non è obbligato verso il creditore, se non nel caso in cui il debitore principale e tutti i fideiussori sieno non solventi, o sieno liberati per mezzo di eccezioni personali al debitore ed ai fideiussori (art. 1914).

2.° *Degli effetti della fideiussione fra il debitore ed il fideiussore.* — Il fideiussore che ha pagato, ha regresso contro il debitore principale, ancorchè non consapevole della prestata sicurtà. Il regresso ha luogo tanto pel capitale, quanto per gli interessi e le spese: il fideiussore però non ha regresso che per le spese da esso fatte dopo che ha denunziato al debitore principale le molestie sofferte. Egli ha regresso per gli interessi di tutto ciò che ha pagato pel debitore, ancorchè il debito non producesse interessi, ed anche pei danni, quando sia il caso. Gli interessi però che non sarebbero dovuti al creditore, non decorrono a favore del fideiussore che dal giorno in cui avrà notificato il pagamento (art. 1915). Il fideiussore, dopo di avere soddisfatto all'obbligazione, ha diritto di rivolgersi al debitore per essere pienamente indennizzato. Questo diritto del fideiussore riposa sul principio di morale, di cui si fecero eco i giureconsulti romani, che niuno deve farsi più ricco col danno altrui. Perchè siavi luogo a regresso si richiede in primo luogo un pagamento sincero, incontestabile, senza dissimulazione. Qui però la voce *pagamento* deve prendersi in una larga accezione; essa si applica a tutto ciò di cui il fideiussore si è privato per estinguere il debito. Così, come nota il Troplong, vi sarebbe pagamento, se il fideiussore, essendo creditore del creditore, ha compensato ciò che a lui era dovuto con ciò ch'egli doveva come

fideiussore. Si richiede in secondo luogo la prova di questo pagamento. Si richiede in terzo luogo che il pagamento sia stato ben fatto; *a fidejussore exigimus, ne solvat temere,* dice il presidente Fabro (1).

Il terzo benefizio che il Diritto romano concedeva al fideiussore (il primo era il *beneficium ordinis*, il secondo il *beneficium divisionis*), era quello *cedendarum actionum*. Il fideiussore però dovea ottenere dal creditore questa cessione prima del pagamento. Invece, per Diritto moderno la surrogazione ha luogo *ipso jure*: il fideiussore che ha pagato il debito sottentra in tutte le ragioni che aveva il creditore contro il debitore (art. 1916).

Se vi sono più debitori principali obbligati in solido per lo stesso debito, il fideiussore che ha fatto sicurtà per tutti, ha il regresso contro ciascuno di loro per ripetere l'intiera somma pagata (art. 1917). Il fideiussore ha soddisfatto ciò che ciascuno di questi debitori era tenuto a pagare solidalmente; il legislatore non potea quindi negargli il diritto di scegliere a suo grado colui fra i vari debitori al quale dirigere la domanda.

Il fideiussore che ha pagato, non ha regresso contro il debitore principale che abbia pagato anch'esso, qualora il fideiussore non abbia avvertito il debitore del fatto pagamento, salva la sua azione contro il creditore per la ripetizione. Se il fideiussore ha pagato senza essere convenuto e senza avere avvertito il debitore principale, non ha alcun regresso contro di questo nel caso in cui, al tempo del pagamento, il debitore avesse avuto mezzi di far dichiarare estinto il debito, salva la sua azione contro il creditore per la ripetizione (articolo 1918). La prima parte di questo articolo si spiega colle parole del Diritto romano: « Dolo enim proximum est, si (fidejussor), post solutionem, non nuntiaverit debitori. » (L. 29, § 3, D. *mandati*). La seconda parte si giustifica colla ragione addotta dal Troplong: che la legge suppone una collusione tra il fideiussore ed il creditore a danno del debitore (2). Nelle due ipotesi figurate in questo articolo è riservata l'azione per la ripetizione al fideiussore contro il creditore. Talvolta

(1) V. Fabro, *Codex*, Lib. VIII, tit. XXVIII, defin. 21; Lugduni, 1661.

(2) V. Troplong, *Cautionnement*, num. 384.

però anche questa azione sarebbe negata al fideiussore; ad esempio, quando il pagamento da lui fatto avesse sanato i vizi dell'obbligazione principale (1).

Il fideiussore, anche prima di aver pagato, può agire contro il debitore per essere da lui rilevato: 1.° quando sia convenuto giudizialmente pel pagamento; 2.° quando il debitore sia fallito o si trovi in istato di non solvenza; 3.° quando il debitore siasi obbligato di liberarlo dalla sicurtà in un tempo determinato, e questo sia scaduto; 4.° quando il debito sia divenuto esigibile per essere scaduto il termine convenuto pel pagamento; 5.° al termine di anni dieci, quando l'obbligazione principale non abbia un termine fisso per la scadenza, purchè l'obbligazione principale non fosse di tal natura da non potersi estinguere prima di un tempo determinato, come accade riguardo alla tutela, o non vi fosse convenzione in contrario (art. 1919). In tutti questi casi la legge con savio consiglio ha concesso al mallevadore azione per essere rilevato, in omaggio al principio formulato dai giureconsulti romani: *melius est ab initio intacta jura servare quam, vulnerata causa, remedium quaerere.* Certamente, il fideiussore, dopo aver pagato, ha regresso contro il debitore per essere rimborsato del pagamento. Ma talvolta questo regresso potrebbe riuscire inefficace nel fatto, avuto riguardo alla impossibilità in cui si trova il debitore di soddisfare all'obbligazione che la legge gl'impone, coll'art. 1915, verso il mallevadore. Ecco la opportunità dell'azione concessa a costui nei vari casi preveduti nell'articolo sopra riferito.

Per quanto si attiene al terzo caso enunciato nell'articolo 1919, si agitava una grave controversia sotto l'impero del Diritto intermedio, allorchè trattavasi di censi. Tizio avea garantita l'obbligazione di Sempronio che consisteva nel pagamento di un censo. Sempronio avea promesso di liberare il mallevadore dalla sicurtà in un tempo determinato. Scaduto il termine, il fideiussore poteva agire contro il debitore per essere rilevato? Per disconoscere il diritto del fideiussore dicevasi, essere dell'essenza della rendita costituita che il debitore non possa essere costretto a redimerla. Ora autorizzare la convenzione dianzi figurata non sarebbe lo stesso che dare il mezzo al creditore per avere indirettamente il

(1) V. Aubry e Rau su Zachariae, Vol. II, § 427.

rimborso di ciò che direttamente non può domandare? Il Molineo rispose vittoriosamente a questa obbiezione: « Hoc est verum respectu creditoris, vel habentium causam ab eo, et tunc nec directo, nec per indirectum potest adstringi debitor. Secus respectu fidejussoris (1). » E troviamo una decisione della Ruota Romana, dove è accolta la stessa teoria: « Haec vera erant (riferendosi alle osservazioni che facevansi per combattere la suddetta teoria) respectu creditoris sive emptoris ipsius census, qui illius pretium nunquam repetere potest a venditore, non autem respectu alterius personae, quae se obligavit simul cum venditore; ex quo illius actio non est ordinata ad recuperationem sortis, quae perpetuo debet esse apud venditorem, sed ut servetur indemnis, et liberetur a fidejussione, quam fecit favore ejusdem venditoris (2). » Il Diritto moderno accettava questa teoria. E qui giova richiamare la massima accolta dal Supremo Collegio di Firenze. L'articolo 1919 dispone che il fideiussore, *anche prima di aver pagato*, può agire contro il debitore, per essere *da lui rilevato,* nei casi nell'articolo stesso specificati. « L'azione che in tali casi al fideiussore compete non è già quella di esigere direttamente dal debitore il pagamento del debito, procedendo esecutivamente contro di lui, ma bensì l'altra tendente a garentirsi o cautelarsi dei danni a cui potrebbe esporlo la sua obbligazione di fideiussore verso il creditore. È in questo senso che si sono pronunziati gli scrittori sulla materia, ed anche la patria giurisprudenza, parlando sempre di provvedimenti cautelativi, e non di esecuzioni competenti al fideiussore prima di avere egli pagato (3). »

3.° *Dell'effetto della fideiussione fra più fideiussori.*— Se più persone hanno fatto sicurtà per uno stesso debitore e per un medesimo debito, il fideiussore che ha pagato il debito, ha regresso contro gli altri fideiussori per la loro rispettiva porzione. Il regresso però non ha luogo che quando il fideiussore abbia pagato in uno dei casi espressi nell'articolo 1919 (art. 1920).

---

(1) V. Molineo, *De usuris*, num. 250; Parisiis, 1681.

(2) Ruota Romana; decisione dei 7 giugno 1638; V. *Sacrae Rotae Romanae Decisionum recentiorum,* Pars VIII, num. 57; Venetiis, 1716.

(3) Corte di Cassazione di Firenze; sentenza dei 9 maggio 1895; nel *Foro italiano,* anno 1895, parte I, pag. 658.

Questo principio è stato mutuato dal Pothier (1). Per una sottigliezza, *qu'on regrette de trouver si souvent dans les lois romaines,* come disse in Francia il Lahary, oratore del Tribunato, esse decidevano che il fideiussore non poteva senza una surrogazione espressa, o senza che il giudice l'avesse pronunziata, ripetere dai suoi confideiussori ciò che aveva pagato per la loro liberazione. Il Diritto moderno si è guardato dal seguire l'esempio del Diritto romano. Nell'antico Diritto romano la *lex Apuleia* stabilì una specie di società tra gli *sponsores* ed i *fidepromissores* di uno stesso debitore. Se uno di essi pagava integralmente il debito, poteva agire contro gli altri per ottenere la porzione cui i medesimi erano personalmente tenuti. Dice Gaio: « Inter sponsores et fidepromissores lex Apuleia quandam societatem introduxit; nam si quis horum plus sua portione solverit, de eo quod amplius dederit, adversus ceteros actionem habet. » (*Commentarii,* III, 122). Ma questo ordinamento fu ristretto alla *sponsio* ed alla *fidepromissio.* Lo stesso Gaio osserva che la *lex Apuleia* non riguardava i fideiussori. « Itaque si creditor ab uno totum consecutus fuerit, hujus solius detrimentum erit, scilicet si is pro quo fidejussit, solvendo non sit. » Solo quando vi era stata surrogazione, quegli che avea pagato integralmente il debito poteva agire contro gli altri fideiussori. Nell'antico Diritto francese fu ripudiato il sistema romano. Dichiarava in proposito il d'Argentré: « Nulla ratione tam sophistici juris habita, dedimus actiones fidejussoribus a confidejussoribus partem virilem petentibus, ex aequo et bono, vitato inutili circuitu, et nimium formulario (2). » Il Pothier, colla sua precisione inarrivabile, dimostrò la ragionevolezza di questa teoria; il fideiussore che paga l'intero debito, indipendentemente da qualunque surrogazione, ha l'*actio negotiorum gestorum* di fronte agli altri fideiussori.

Quando uno dei confideiussori è divenuto insolvibile, la perdita si ripartisce per contributo sopra tutti gli altri confideiussori solventi, e sopra quello che ha fatto il pagamento.

(1) V. Laurent, *Principes de droit civil,* Vol. XXVIII, num. 263.

(2) V. D'Argentré, *Commentarii in patrias Britonum leges,* Ad art. 194; Parisiis, 1608.

III.

Della fideiussione legale e della fideiussione giudiziale.

In molti casi è ordinato dalla legge o dal giudice di dare cauzione (V. ad esempio gli art. 26 e 1510 Cod. civ.). E la cauzione può essere *reale* o *personale*. A questa duplice categoria di cauzioni si riferisce il noto frammento: *Plus est cautionis in re quam in persona* (L. 25, D. *de diversis regulis juris*). In questi casi, il fideiussore offerto deve adempire alle condizioni stabilite negli art. 1904 e 1905, cioè a dire, alle condizioni relative alla capacità di contrattare ed alla solvenza del fideiussore (art. 1921). Ma è in facoltà di colui che deve dare una sicurtà, il dare invece un pegno od altra cautela che sia riconosciuta sufficiente ad assicurare il credito (articolo 1922). Allorchè il debitore, in forza della convenzione, si è obbligato a dare una sicurtà, egli è tenuto ad assolvere la sua obbligazione col presentare un fideiussore; non può costringere il creditore a ricevere un pegno, una ipoteca od altra cautela, che sostituisca la promessa sicurtà. Ma la cosa procede diversamente quando la sicurtà è ordinata dalla legge o dal magistrato; in tal caso, come statuisce il Codice, si può dare invece un pegno od altra cautela che sia riconosciuta sufficiente ad assicurare il credito. Ed è facile assegnare la ragione della differenza. Nel primo caso si trova la manifestazione della volontà delle parti, e il debitore, senza il consenso del creditore, non può apportare nessuna modificazione al contratto. Nel secondo caso non vi è manifestazione di volontà delle parti; l'obbligazione di dare una sicurtà è imposta dalla legge o dal giudice. Ed allora, quando si dimostri che la cautela che si vuol dare assicura il diritto del creditore, non sarebbe giusto costringere il debitore a dare un fideiussore. E qui dobbiamo ripetere l'osservazione che fanno gli espositori del Codice, la cui ragionevolezza è confortata dal testo dell'articolo 1922 e dalla *mens legis*. Perchè il debitore sia ammesso a prestare un pegno, un'ipoteca od altra cautela che sia riconosciuta sufficiente, non è tenuto a provare la impossibilità da parte sua di presentare un fideiussore.

Il fideiussore giudiziale non può domandare l'escussione del debitore principale (art. 1923). Per qual ragione? Quando la fideiussione è convenzionale, il creditore ha potuto vegliare alla sua sicurezza con patti particolari; e poichè dipendeva da lui il far rinunziare il fideiussore al benefizio della escussione, se egli non l'ha fatto, non può lamentarsi di veder fermate le sue istanze contro il fideiussore in virtù dell'eccezione di escussione. Ma il creditore non ha avuto questa libertà nella fideiussione giudiziale; e quindi non deve soffrire un danno per questa situazione. D'altra parte il fideiussore giudiziale, come bene osserva il Troplong, si avvicina all'*expromissor*. Il rispetto dovuto ai pronunziati dell'autorità giudiziaria non permette che se ne ritardi l'esecuzione con eccezioni dilatorie (1).

Quegli che si è reso soltanto garante del fideiussore giudiziale, può domandare l'escussione del fideiussore (art. 1924). Il Codice Napoleone (art. 2043) nega al fideiussore *approbatore* l'escussione tanto del debitore principale che del fideiussore. Il Codice italiano accoglie una lodevole distinzione; al fideiussore approbatore nega il diritto di chiedere l'escussione del debitore principale, ma gli concede quella del fideiussore. Questa teoria del nostro Codice era propugnata da parecchi giuristi dell'antica scuola francese.

IV.

Dell'estinzione della fideiussione.

L'obbligazione che nasce dalla fideiussione, si estingue per le stesse cause per cui si estinguono le altre obbligazioni (art. 1925). Vuolsi però fare una distinzione, sulle orme del giureconsulto Paolo (2). Le cause di estinzione della fideiussione altre sono *reali* ed altre *personali*. Quando il fideiussore paga realmente il creditore, questo pagamento non estingue soltanto l'obbligazione accessoria, la fideiussione, ma eziandio l'obbligazione principale, e il debitore in avve-

(1) V. Troplong, *Ibidem*, num. 594.

(2) « ... Si modo ideo interpositum est jusjurandum, *ut de ipso contractu et de re, non de persona jurantis ageretur.* » (L. 28, § 1, D. *de jurejurando*).

nire è liberato riguardo al creditore: ecco una causa *reale* di estinzione della fideiussione. Quando invece il creditore rimette al fideiussore l' obbligazione accessoria da costui assunta, è questo un favore personale, che estingue bensì la fideiussione, ma lascia sussistere integralmente l'obbligazione del debitore principale (1).

La riunione in una stessa persona delle due qualità di debitore e di fideiussore non produce punto confusione nel senso dell'articolo 1296. Essa lascia sussistere pienamente gli effetti della fideiussione. Di qui deriva, ad esempio, che se il fideiussore di un incapace diviene erede di lui, rimane validamente obbligato *ex causa fidejussoria*, sebbene succeda nell' azione di nullità contro l' obbligazione principale. « Tu debes scire, notava Bartolo, quod tunc demum successione extinguitur obligatio fidejussoris, quando per hoc conditio creditoris deterior non fit. » (Ad L. 95, § *quod vulgo,* D. *de solutionibus*). Un' applicazione di questo principio si trova nell'art. 1926, del seguente tenore: La confusione che si effettua nella persona del debitore principale e del suo fideiussore, quando divengono eredi l'uno dell'altro, non estingue l'azione del creditore contro colui che ha fatto sicurtà pel fideiussore.

Il fideiussore può opporre contro il creditore tutte le eccezioni che spettano al debitore principale e che sono inerenti al debito; ma non può opporre quelle che sono puramente personali al debitore (art. 1927). Queste ultime eccezioni venivano chiamate dai Dottori *non separabiles a persona rei;* ad esempio, le eccezioni derivanti dalla minore età e dalla interdizione.

Il fideiussore anche in solido è liberato, allorchè per fatto del creditore non può avere effetto a favore del fideiussore medesimo la surrogazione nelle ragioni, nelle ipoteche e nei privilegi del creditore (art. 1928). Il fideiussore, obbligandosi a mallevare il debito altrui, ha dovuto fare assegnamento sulle garantìe che lo assicuravano. Queste speranze sono legittime; esse non debbono restar deluse pel fatto del creditore. Se quest'ultimo nuoce col suo fatto al fideiussore, se lo priva di qualcuna delle garantie che assicuravano il debito,

(1) V. Troplong, *Ibidem,* num. 443.

è giusto che ripari questo danno liberandolo dalla fideiussione.

Quando il creditore accetta volontariamente un immobile o qualunque altra cosa in pagamento del debito principale, il fideiussore resta liberato, ancorchè il creditore ne soffra in sèguito l'evizione (art. 1929). Quando il creditore riceve una cosa in pagamento (*datio in solutum*), il fideiussore si troverebbe gravemente leso, se restasse esposto ad un ricorso tardivo in caso di evizione. Il fideiussore ha il diritto di costringere il debitore a soddisfare alle sue obbligazioni quando costui è in ritardo, o quando ha giuste ragioni di dubitare della solidità della fortuna di lui. Ora, suppongasi che gli affari del debitore siansi sconvolti dopo la dazione in pagamento. Come mai il fideiussore potrà ricorrere alle misure conservative, che l'articolo 1919 mette a sua disposizione? Se procede contro il debitore, costui gli risponderà : « Il mio debito è soddisfatto; la vostra azione non ha scopo; » ed il fideiussore sarà costretto a fermarsi. Intanto, ecco il creditore che, sotto pretesto della sua evizione, si rivolge contro il fideiussore. Questo ricorso può dirsi equo, si domanda il Troplong? Non è forse pel fatto del creditore che il fideiussore ha perduto i vantaggi della sua posizione verso il debitore? Non è forse il fatto del creditore, che l'ha ridotto all'inazione? La liberazione del fideiussore, a norma dell'articolo 1929 del Codice civile, ha luogo anche a favore dell'avallante cambiario. « L'articolo 274 del Codice di commercio, dicendo che il pagamento della cambiale può essere *garantito* con avallo, viene a riconoscere che l'avallo è una garanzia personale, per quanto retta da disposizioni speciali in armonia col carattere particolare dell'obbligazione cambiaria; è pur sempre una fideiussione (1). »

La semplice proroga del termine accordato dal creditore al debitore principale non libera il fideiussore, il quale tuttavia può in tal caso agire contro il debitore per costringerlo al pagamento (art. 1930). Per non cadere in errore bisogna qui fare una distinzione. Se il fideiussore si è obbli-

(1) Corte di Cassazione di Torino; sentenza dei 18 luglio 1894; negli *Annali della giurisprudenza italiana*, anno 1894, parte I, pagina 410.

gato a tempo, ad esempio, sino alla raccolta inclusivamente, allora la proroga concessa dal creditore al debitore non impedisce che il fideiussore sia liberato non appena è venuto il tempo della raccolta. Invero, una obbligazione limitata ad un tempo determinato non può essere prorogata oltre questo tempo contro la volontà dell' obbligato. Se poi il fideiussore si è obbligato puramente e semplicemente, la proroga del termine concessa dal creditore al debitore non libera il fideiussore. Ma, per allontanare ogni danno che potrebbe derivare al fideiussore da questa proroga, la legge lo autorizza ad agire contro il debitore per costringerlo al pagamento.

In applicazione di questa dottrina, il Supremo Collegio di Torino decideva, che non libera il fideiussore la proroga al pagamento accordata dal creditore al debitore, benchè, in pendenza di essa, sopravvenga la insolvenza di esso debitore; salvo lo esperimento delle azioni di cui agli articoli 1930 e 1919 numeri 2 e 4 Codice civile, escluso ogni rilievo pei danni (1). Osservò in proposito la Corte: « Sono ormai costanti la dottrina e la giurisprudenza nel professare, che fin quando il creditore, non per *dolo malo*, non per il preconcetto fine di nuocere al fideiussore, indugia e ritarda i procedimenti contro il debitore moroso, ossivvero gli accorda proroghe al pagamento, ed intanto sopravviene la insolvenza di costui, non perciò esso fideiussore viene liberato dalla sua obbligazione. « Verior tamen opinio est favorabilis creditori. Limita tamen in casu quo negligentia esset coniuncta cum dolo. Videlicet si creditor neglexerit exigere, ad effectum vexandi fideiussorem. » (Casaregis, Disc. 120, num. 20; Vinnio, *Quaest.* num. 42; Pothier, *Trattato delle obbligazioni*, num. 407). E ciò trae ragione e fondamento dalla legge 38, § 1, D. *mandati*: « Nec tamen semper expectandum est, ut solvat, aut judicio accepto condemnetur, si diu in solutione reus cessavit, aut certe bona sua dissipavit; » nonchè dal categorico disposto dell'articolo 1930 del Codice civile. Il quale statuisce, che qualora il fideiussore ravvisi che dalla proroga può

(1) Corte di Cassazione di Torino; sentenza dei 7 settembre 1882; nella *Legge*, anno XXIII, Vol. I, pag. 336. Come osservano gli annotatori della *Legge*, e come sopra abbiamo detto, dovrebbe accettarsi altra dottrina quando la fideiussione sia stata limitata a un dato termine.

rivenirgli danno, e che la fortuna del debitore volge in rovina, e sempre che lo stimi, è in diritto di rompere gl'indugi e le more, provvedere alle sue ragioni, e tutelare e salvare i suoi diritti; e perfino esigere il credito. E però se il ricorrente non si avvalse delle azioni preordinate dal predetto articolo 1930, nonchè dall'articolo 1919, numeri 2 e 4, del Codice civile, obliò egli codeste provvide disposizioni, e non la impugnata sentenza che ne fè più che retta applicazione. »

Il fideiussore che ha limitata la sua fideiussione allo stesso termine che fu accordato al debitore principale, rimane obbligato anche al di là di quel termine e per tutto il tempo necessario per costringerlo al pagamento, purchè il creditore entro due mesi dalla scadenza del termine abbia proposte le sue istanze e le abbia con diligenza continuate (art. 1931). Nell'ipotesi preveduta da questo articolo, niuna convenzione novella è interceduta fra il creditore ed il debitore. Non vi ha prorogazione volontaria del termine concesso al debitore; vi ha semplicemente il decorso del tempo che è necessario al creditore per costringere il debitore all'adempimento dell'obbligazione. Il fideiussore non può dirsi liberato prima che il creditore sia soddisfatto.

INDICE

LIBRO TERZO

Dei modi di acquistare e di trasmettere la proprietà e gli altri diritti sulle cose.

PARTE QUINTA